

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIOLOGÍA
Departamento de Sociología I (Cambio Social)



TESIS DOCTORAL

**El arbitraje comercial internacional : Aproximación a tres
conceptos básicos a la luz del derecho extranjero y de los
convenios internacionales**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Armando de las Alas Pumariño Cima

Madrid, 2015

1034.659
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Facultad de Derecho

TE
884

BIBLIOTECA UCM



5306337700

EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

APROXIMACION A TRES CONCEPTOS BASICOS A LA LUZ
DEL DERECHO EXTRANJERO Y DE
LOS CONVENIOS INTERNACIONALES

TESIS DOCTORAL



BIBLIOTECA
DE DERECHO

Armando de las Alas Pumariño Cima

Madrid - 1994

*A Inés María, mi esposa
por su continua, generosa e inestimable
intercesión y ayuda.*

INTRODUCCION GENERAL

SUMARIO

Introducción

Sección I. La orientación de este estudio.

A) La extraordinaria difusión del arbitraje comercial internacional. Su aceptación en amplios círculos de la cultura moderna. Su valor como fuente de Derecho sin carácter legislativo, aplicable a la "Communitas Mercatorum". La expansión de su campo de aplicación. Su idoneidad para la resolución de controversias entre personas o entidades insertas en niveles culturales diversos; su aplicación a las controversias en las que una de las partes es un Estado soberano.

B) La estructura del sistema de arbitraje comercial internacional. Los Convenios internacionales. Las leyes nacionales sobre el arbitraje internacional. El valioso esfuerzo de la jurisprudencia y de la doctrina. Los sistemas en vigor; su mayor o menor apertura. Las enormes dimensiones de la materia a estudiar que exceden de las posibilidades de esta investigación. La solución del problema; la limitación de los temas a tratar. El convenio arbitral, el arbitraje de equidad y el concepto de orden público en el arbitraje comercial internacional. La segunda limitación; la renuncia a agotar el campo de derecho comparado. Ello implica otra restricción; la omisión del derecho español. La razón de ello es la finalidad de la obra. Se trata de facilitar al jurista español su aproximación al sistema jurídico del arbitraje comercial internacional, que ha emergido repentinamente en nuestro horizonte jurídico positivo, al ratificar el Reino de España los Convenios Internacionales que lo regulan, los que a su vez son complementados por las leyes promulgadas por los diferentes Estados y unos y otras iluminados por una brillante investigación doctrinal y una jurisprudencia, muchas veces, de altísimo nivel. El reconocimiento de la limitación de este trabajo en cuanto a su objeto. El agradecimiento al Director de la tesis por hacer participar al autor de sus dones de ciencia, experiencia y sabiduría y por su luminosa simpatía. La ofrenda de un anti-guo universitario.

Sección II. La dimensión histórica del arbitraje.

A) La ineludible investigación histórica. Sus peligros. Al opuesto costado el deseo

de evitar exposiciones atemporales frías y ciegas. La posibilidad de encontrar una vía media entre aquellas y una investigación histórica a fondo, que agote las fuerzas y el tiempo disponible y desplace al verdadero objeto de la investigación. El intento de seguir este camino. Remisión al juicio de quien leyere si se ha conseguido el propósito. El valor de una investigación histórica verdadera. La revelación del espíritu de las instituciones entendidas estas como respuesta a los problemas de su tiempo. El valor de una exposición histórica como teoría general de una institución, en la que se señalan no sólo el sistema de razones que la fundan, sino las vicisitudes de las mismas. La influencia de la práctica jurídica en el Derecho vivido. La diferencia entre el Derecho promulgado y el aplicado. Enunciación de los diversos escenarios históricos considerados. El Derecho de Roma. El Derecho intermedio y las Edades Moderna y Contemporánea. La última parte de esta última Edad se destina al análisis de los Convenios Internacionales.

Sección III. Un examen del arbitraje según el Derecho Romano.

A) La inserción conceptual de la institución del arbitraje. Su situación intermedia entre la justicia privada y la justicia de los Tribunales. Pluralidad de concepciones acerca del mismo. La opinión jurisdiccional; la opinión contractualista. No se trata de sucesión de diversas modalidades, sino de coexistencia o de interpenetración de las mismas muchas veces. La dimensión temporal de las instituciones como dato indispensable para su interpretación. La distinción del arbitraje jurisdiccional y el contractual en el Derecho Romano.

B) El "arbiter" y el "iudex". La dificultad de las fuentes. Su carácter fragmentario e incompleto. La producción de lagunas. La exclusión de una interpretación atemporal y monolítica. La ley de las Doce Tablas. El misterioso personaje denominado "arbiter" que parece ser figura distinta de la del "iudex" según los textos arcaicos. Las conjeturas de los investigadores. El campo propio del "arbiter", las materias relativas a las acciones divisorias (*familiae erciscundae* y *finium regundorum*). La nota característica de la intervención del árbitro. Una etimología. Las cuestiones complejas. La liquidación de los frutos indebidamente percibidos en los casos de "vindicia falsa". La frontera entre "arbiter" y "iudex" parece borrarse en la época clásica. Reacción contra este criterio. La mayor libertad del árbitro para adoptar su resolución. La definición de Festo.

C) El aumento de materias sometidas al "arbiter". La época del procedimiento formulario. Los contratos de "bonae fidei" y los "iudicium bonae fidei". Los procesos interdictales. El origen de la noción de los contratos de bonae fidei; sus dos causas. El colegio de "recuperatores".

D) La acción de los Pretores. La destrucción de las barreras opuestas por el "ius vetus" conseguida mediante la invocación del "ius gentium". La actividad del Pretor peregrinus. El inicio del "ius civile novum". Resumen de la evolución, el "arbiter" se funde con el "iudex" pero este juzga en ocasiones como arbiter. Todo ello cambia con la "extraordinaria cognitio". La supresión de la fase "apud iudicem". El Juez es ya un funcionario público. Su facultad no tiene origen en el "imperium" sino que descansa en el "officium", consolidado por el juramento prestado de resolver conforme al Derecho positivo. Aquí termina la parábola que describe al "arbiter" jurisdiccional. Nos queda tratar del arbitraje contractual.

E) La inexistencia de libertad contractual en el antiguo Derecho Romano. Sólo eran eficaces los tipos contractuales reconocidos por la ley; los demás eran ineficaces pero no ilícitos. Esta es la situación del convenio arbitral y de la sentencia dictada por el árbitro. Distinta posición del "compromissum" unido a la "stipulatio" de una pena que se pagaba al no conformarse con la resolución del "arbiter".

F) Modificación de esta situación. La reforma de Justiniano. La "actio in factum". Este sistema era excepcional y no alcanzó valor general. La obligación de ejecutar la sentencia arbitral sólo surge si el condenado por ella la acepta. La aceptación puede ser tácita por transcurso de un plazo.

G) Una institución distinta. El tercero definidor de algunos elementos del contrato. El "arbitrator" debía resolver conforme al arbitrium boni viri. El texto de Paulo. La institución estaba llamada a más altos destinos en épocas posteriores. Resumen Roma admitió al arbitraje como institución contractual. No tuvo efectos procesales por sí misma.

Sección IV. El derecho intermedio.

A) La transmisión del legado del Derecho Romano. Los reinos bárbaros en Europa. La deposición de Rómulo Augústulo por Odoacro en el año 476. Su sentido y consecuencias. Actitud respetuosa de los "foederati" sublevados respecto del Imperio de Oriente. Posición de Odoacro y de Teodorico rey de los ostrogodos. El sistema de personalidad de las leyes. La Lex Romana Visigothorum o Breviario de Alarico. La Lex Romana Burgundiorum. La derogación del sistema de personalidad de las leyes por la Lex Romana Visigothorum de Recesvinto. La influencia del Código Teodosiano en ellas.

Una aparición inesperada. La Compilación justiniana. sus limitaciones territoriales. Regía sólo "per partes italia". Su alto valor jurídico; su contenido incluía los "iura" o dictámenes de los jurisconsultos. No consiguió ser aplicada con carácter general. La invasión

de los longobardos rompió la unidad política de la península que tardó trece siglos en ser restaurada. Las provincias continuaron rigiéndose por el Derecho teodosiano. La Iglesia Católica cuya influencia en el perfeccionamiento del Derecho y su suavización para conseguir una más alta Justicia siguió refiriéndose al Derecho teodosiano en ciertos casos. Un resumen de las causas de la evolución apuntada. Una visión sobre el arbitraje contractual. El Edicto de Luitprando. La conmixtion entre Derecho romano vulgar y usos y costumbres. La fórmula notarial acreditativa de que se actúa "*secundum legem et consuetudinem romanorum*".

B) La Edad Media. Una institución típica. El feudo o pacto de vasallaje. Su poderosa fuerza desintegradora de los poderes centrales. La creación de villas y ciudades motivada por el aumento de población y la colonización de nuevos territorios. El desarrollo del comercio. Las Cartas de Fundación de unas y otras con privilegios y exenciones. la constitución del "*commune civitatis*". La conquista de su autonomía normativa; la ratificación de sus privilegios. Los Estatutos de las ciudades italianas. Las características de los mismos. Su carácter de espejo de las vicisitudes de la vida ciudadana. La inestabilidad de los Estatutos. Las críticas de este defecto. La opinión del Dante Alighieri. Los arbitrajes obligatorios de carácter jurisdiccional. Su carácter de verdaderas jurisdicciones a pesar del nombre empleado. Se promueve la aplicación del derecho romano. Una nueva época se prepara. Las Escuelas de Derecho; el renacimiento de los estudios de Derecho Romano; las nuevas necesidades ofrecieron a las más claras mentes razones para una mutación jurídica. Era necesario llevar a su última consecuencia la doctrina canonista de que todos los contratos se rigen por la buena fe, y que son obligatorios sin necesidad de difíciles y complicadas solemnidades. El principio de "*pacta sunt servanda*". El ingreso de la noción de equidad en el horizonte mental de los juristas. las doctrinas canónicas sobre "*epicheia*", "*caritas*" y "*conciliatio*". Superación del estadio cultural de aplicación del derecho estricto. Las injusticias resultantes de la ausencia de método de interpretación adecuada. Una institución a propósito para encauzar la reforma. La figura del antiguo "*arbitrator*". Se amplió el campo de actuación del mismo. Su función pasó de ser una transacción a ser considerada como sentencia. El nacimiento de un nuevo nombre para la institución. El "*amicabilis compositor*". Los estatutos a los efectos de su ejecución no distinguieron entre sentencias arbitrales estricto sensu y sentencias del *amicabilis compositor*. Las Ferias y Mercados. Las Corporaciones de Mercaderes. Los arbitrajes en unas y otras. El arbitraje era obligatorio. Caso del Estatuto de Pésaro. La libertad procesal del árbitro jurisdiccional. la opinión de Bartolo. La libertad, en cuanto al fondo, del "*arbitrator*" o "*amicabilis compositor*". Sus decisiones se tomaban "*ex aequo et bono*".

Sección V. El arbitraje en las Edades Moderna y Contemporánea.

A) Un esquema de las ideas y de los hechos. La recepción del régimen del arbitraje

je de las épocas anteriores. Las dificultades de la práctica. La posición favorable de la Monarquía. La hostilidad de los Tribunales. La evolución del arbitraje excluye la estipulación de la pena como requisito necesario del compromiso. Su estipulación se considera como un mecanismo para liberarse de la obligación de cumplir la sentencia arbitral a cambio del pago de la misma.

Al mismo sistema se sujeta la interposición de recursos contra el laudo arbitral. El conflicto de fuerzas lleva a una solución matizada. Deber de los árbitros y amigables compondores de registrar las sentencias arbitrales en los Tribunales de Justicia o ante Notario a fin de darles fecha auténtica. Ello permitía el control de validez de la sentencia arbitral, aunque no entraban en el fondo del asunto. La aprobación de la sentencia deba a esta valor ejecutivo.

B) La Revolución Francesa. Los distintos criterios imperantes bajo su régimen. Criterio inicial favorable al arbitraje. La Constitución de 1791 (artículo 86) y la del año III (artículo 210). La supresión de los jueces profesionales; su sustitución por árbitros. El arbitraje se transforma en obligatorio y adquiere carácter jurisdiccional. Criterio posterior. Cuando el Derecho del Antiguo Régimen fue sustituido por el de la Revolución, el arbitraje es mirado con disfavor. Se afirmó el derecho exclusivo del Estado a juzgar a sus ciudadanos. La impugnación del arbitraje por arrebatar la legítima competencia de los Tribunales. La sentencia de la Casación francesa de 10.7.1843. declarando nula la cláusula arbitral. Sólo se admite el compromiso. Las razones invocadas. El retorno histórico. la exclusión del comercio internacional en el que no rige tal doctrina jurisprudencial. La ley de 31.XII.1925 reconociendo la validez de la cláusula arbitral en Derecho interno francés en materia mercantil. Un remisión al derecho contemporáneo.

Sección VI. La evolución del Derecho Italiano en la Edad Contemporánea.

El punto de partida de nuestra indagación. La puesta a punto con la situación final del apartado anterior. El derecho italiano como el de tantos otros países siguió el surco trazado por el Derecho francés. El predominio de la concepción jurisdiccionalista. Una nota discordante. La libertad reconocida a los arbitros para regular el procedimiento arbitral, salvo el respeto debido a lo acordado por las partes. El Codice di Procedura Civile de 1865 reguló el arbitraje (arbitrato) y la amigable composición (amichevole componimento). Son pues meras instituciones procesales. Por el contrario, el Codice civile de 1865 regula la institución del tercero definidor de ciertos puntos dejados por las partes al arbitrio de aquel (precio en la compraventa, renta en el arrendamiento, etc...) La noción del "arbitraggio" se incardina en el Derecho positivo moderno. El nuevo Código Procesal de 1942. Sus

limitaciones conceptuales. El influjo nacionalista y jurisdiccional. La calificación de funcionarios públicos atribuida a los árbitros. La imposición de sede en territorio italiano en algunos casos. El reconocimiento de las dos formas conocidas de arbitraje (de derecho y de equidad). Las resoluciones de los árbitros no tienen el carácter de sentencia sino de opinión (lodo) que necesita para ser ejecutiva el "Decreto di essecutorietà" de la "Pretura". Otro obstáculo más. La obligación de presentar a registro el lodo en la Pretura, dentro del plazo de cinco días, bajo pena de nulidad. El pago de importantes derechos de registro. La reacción de los círculos jurídicos ante esta regulación incómoda y costosa. La Historia -una vez más- marca el sendero del futuro con las huellas del tiempo pasado. Necesidad de abandonar este arbitraje y jurisdiccionalizado y volver al puro campo contractual. En este la antigua figura del tercero interviniente que en nombre de las partes fija extremos importantes de un negocio concluido por aquellas (el que luego fuera denominado "arbitratore" en las fuentes medievales) ofrecía grandes posibilidades de nuevo. El arbitrator no había de pronunciar una sentencia, sino hacer un nuevo contrato. La cuestión quedaba dentro del campo contractual y fuera del correspondiente a las instituciones procesales. La resolución del "arbitrator" se llama "arbitramento" y no "arbitrio". La regla de que el "arbitrator" debía resolver "sine strepitu et figura iudicii". El nacimiento del arbitraje libre, no procesal y atípico (libero, irrituale e impropio) en el que un arbitrator fijaba las estructuras de una transacción. La admisión de esta doctrina por los círculos jurídicos y por la Magistratura bajo el Código Civil de 1865. La promulgación del Código Civil de 1942 no ha modificado esta posición. Al contrario el artículo 1349 de dicho Código lo reconoce. De su texto trataremos en otra parte de esta obra. Ello supone la ampliación del campo de aplicación del "arbitraggio" limitado inicialmente a los supuestos tradicionales. La extraordinaria difusión del arbitrato irrituale en la práctica italiana especialmente en materia de comercio internacional. Las partes no obtienen una sentencia sino un nuevo contrato que regula expresamente la cuestión discutida. Es un contrato puesto al día.

Sección VII. Algunas observaciones sobre el arbitraje en el Derecho inglés.

A) La distinción del arbitraje según la "common law" y según la ley o "statutory arbitration". El concepto de "common law". Su aceptación histórica y la actual. Explicación de ambos conceptos.

B) Las Courts of Common Law con sede en Londres. Su misión. La exclusión de las antiguas Cortes sajonas y de las Cortes formadas por los barones normandos con ocasión de la conquista. Su labor de identificación depuración y fijación del antiguo Derecho consuetudinario. Las Tres Courts of Common Law. Nuestra atención debe fijarse en la Court of

Kings Bench. Razón de esta denominación. Los Justicias itinerantes. Su misión.

C) El sentido actual de "common law". Diversas acepciones. Unas veces es aquella parte de la Ley inglesa formada y aplicada por las antiguas Cortes de esta naturaleza que existieron hasta la reforma judicial de 1873/75. Otras veces se designa con este término al derecho creado por los Jueces, distinguiéndole del originado en el Parlamento o "statute law". Otras veces se distingue entre "common law" y "equity". Se hace referencia al Derecho creado por el Tribunal de la Cancillería Real para corregir los defectos de la "common law" y el carácter formalista y estricto de su aplicación. Las Leyes de reforma judicial han integrado a todos estos Tribunales en la Supreme Court of Judicature. El principio de supremacía de la "equity" en caso de conflicto con la common law. Su reconocimiento por el Derecho positivo.

D) La realidad de la práctica del arbitraje bajo la common law. Silencio de la literatura jurídica sobre ello. Hasta el siglo XVII no hay ninguna exposición completa sobre el mismo. Las primeras huellas del arbitraje. La sentencia del Vynior Case en 1609 sobre revocación de arbitros y sobre la función liberatoria para la parte vencida, del pago de la multa estipulada. La ley contraria a las cláusulas penales (statute against fines). La extraña situación resultante de aquella. Las partes podían incumplir el compromiso y el laudo sin arriesgar nada. La solución buscada. El sometimiento a la Corte del compromiso a fin de que lo homologase. Convertido en "rule of the court", si el compromiso era incumplido, la parte que así actuare incurría en "contempt of the Court", es decir en desacato, con las consecuencias penales oportunas. Esta solución fue establecida por una ley de 1698. Otra ley de 1833 declaró que aunque existiere revocación de los arbitros, estos podían dictar una sentencia válida. La Common Law Procedure Act de 1854 permitió oponer la excepción de arbitraje, en cualquier procedimiento y permitía al tribunal en ciertos casos que organizase el arbitraje. La interpretación "reductora" de estas disposiciones.

E) Otro dato favorable más. La resolución del caso Scott v. Avery de la Cámara de los Lores, dictada en 1856 sobre la cláusula arbitral. La aplicación de este texto encendió las hogueras de una fuerte contradicción del arbitraje. Su consideración como "institución maléfica". Es la misma tormenta sufrida en el siglo XIX en la Europa continental. Hasta ahora el arbitraje se consideró como una mera institución contractual. Ahora se advertía en ella un factor jurisdiccional.

F) Hasta este momento el derecho sustantivo era escaso e incierto. Las reglas promulgadas se referían al procedimiento. Este daba intervención al Jurado. Desaparición del Jurado en el siglo XIX. La ley positiva como único continente del Derecho. El arbitro como juez debe aplicar el Derecho. El control de los órganos judiciales sobre la sentencia; su extensión. El error en Derecho no es motivo de anulación de la sentencia, salvo que fuere manifiesto. Conducta de los árbitros excluyente en la práctica de este motivo.

G) La tendencia hacia la configuración procesal del arbitraje. La consecuente exclusión de su campo de la amigable composición. La calificación de esta como variedad de la transacción o mero intento de conciliación. La facultad de revisar un contrato concedida a un tercero es un mandato; es una especialidad del contrato de agencia.

H) La "Statutory Arbitration". La existencia de dos clases de arbitraje en el Derecho inglés desde 1889. El arbitraje según la "common law" y el arbitraje según la ley "statutory arbitration". La sentencia arbitral frecuentemente es válida en ambos sistemas; pero puede darse el caso de que sólo lo sean en uno. Cuando se trata de arbitrajes internacionales es más conveniente presentar el arbitraje como fundado en la "common law". Razones de ello. Principios del arbitraje según la ley de 1889. La validez de la cláusula arbitral. El principio del "special case" o "case stated". La especialidad de la sentencia "stated in the form of a special case". su contenido. Las modificaciones posteriores del sistema. La obligación del árbitro de resolver conforme a derecho la controversia. No ha de entenderse al pie de la letra. Existe prácticamente un campo abierto para la solución equitativa. Opinión de René David. La existencia de un arbitraje judicial, es decir tramitado por los Tribunales. Exclusión del campo del arbitraje de las cuestiones de hecho como único contenido de la controversia. La remisión de las mismas a la "evaluation", "appraisal" o "certification". La difícil frontera entre estas nociones en la práctica. Un criterio definitorio.

Sección VIII. Los convenios internacionales sobre el arbitraje comercial internacional.

A) Introducción general. Su estructura. Las consecuencias de la misma. La emergencia del derecho extranjero ante cualquier Estado que ratifica tales Convenios o se adhiere a los mismos. La existencia de dos clases de normas. Las específicas del Convenio, como por ejemplo el reconocimiento y disciplina de la cláusula arbitral y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, y luego el derecho extranjero al que remiten las numerosas reglas contenidas en tales Convenios, aparte de la ley procesal y material que las partes designen. La emergencia del Derecho extranjero se completa con las leyes especiales sobre arbitraje internacional que muchos países han dictado. Todo ello se une a la correspondiente doctrina y jurisprudencia que en este campo son destacadísimas. Carácter esquemático -por regla general- de los Convenios citados. No obstante subyace un potencial ideológico muy fuerte, del que la vía interpretativa -en ocasiones inductiva- ha obtenido desarrollos importantes. el problema de la ley aplicable al fondo. La especialidad de la posición del árbitro. La carencia de "lex fori"; su independencia de los sistemas de reglas de conflicto. Su obligación de respetar la elección de leyes hecha por las partes tanto de carácter procesal como de fondo. En cuanto a la sede todos los países constituyen, por regla general, un foro abier-

to, aunque a veces se observa alguna limitación. La conveniencia de conocer el régimen jurídico del país con cuyos ciudadanos se contrata. La inevitable selección de materia para este estudio. Los tres temas elegidos. El convenio arbitral, el arbitraje de equidad y el orden público internacional. El estudio de los Convenios Internacionales sobre la materia como antecedente necesario para los posteriores desarrollos.

Sección IX. Los Convenios de Ginebra de 1923 y 1927.

A) Observaciones Generales.

Son las actas fundacionales del arbitraje internacional moderno. Tienen notorios aciertos; también son incompletos. Cuando se negoció el primer convenio se limitó al máximo el "núcleo de hierro" a imponer a los Estados contratantes. Predominó el sistema de remisión a los Derechos nacionales. El "corpus" de reglas internacionales es escaso. Resulta envuelto por el derecho positivo de cada Estado. El título de Protocolo revela una ideología sencilla y modesta que rehuye más altas clasificaciones. Su título se refiere a las cláusulas arbitrales tan sólo. Su texto en discordancia con aquel, se ocupa también de la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. El tiempo demostró la insuficiencia de esta regulación. Hubo que proveer a la preparación de un nuevo Convenio, el de 1927, cuya denominación se refiere a la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Este nuevo Convenio el de 1927 tiene un "núcleo de hierro" más amplio. Su penetración en los sistemas jurídicos de los Estados es más profunda; su acción unificadora resulta más intensa. Son complementarios y en parte contradictorios. La regla 3 de l Convenio de 1923 es contradicha por los artículos 1.2 y 3 del Convenio de 1927. Este último no contiene disposición derogatoria del primero. Razones de este criterio. Conservar el reconocimiento de la cláusula arbitral establecido en el Convenio de 1923. Otras razones. Cuestiones metodológicas y de concepto. Se formula en el artículo 1º un nuevo concepto de arbitraje internacional y se agrega aquí y en los dos artículos siguientes la regulación de los requisitos que deben reunir las sentencias arbitrales. Esto diferencia al Convenio de 1927 del Protocolo de 1923 que dejaba la solución al criterio posiblemente discordante de las leyes nacionales. Otra dificultad. El artículo 2º obliga a todo Estado a asegurar la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en su territorio. Dificultad de interpretación de tal precepto. diversas posibles interpretaciones. Una conclusión precisa: ¿está o no está regulada la ejecución de las sentencias extranjeras?. Si se contesta afirmativamente habría que precisar en que artículo del Protocolo se funda tal opinión. No parece pueda invocarse el párrafo 2 del artículo 2 que se refiere a que los Estados faciliten los trámites de procedimiento necesarios en sus territorios de acuerdo con las disposiciones de sus leyes que regulen el procedimiento de arbitraje. La cuestión fue resuelta con autoridad por la Comisión Económica de la Sociedad de Nacio-

nes quien puso de manifiesto la inexistencia de regla alguna en el Protocolo de 1923 relativa al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras y la necesidad de colmar esta laguna. La solución se consiguió por el Convenio de Ginebra de 1927.

B) Estudio especial del Protocolo de 1923. Su rúbrica o encabezamiento es inexacta. Parece referir su contenido a las cláusulas de arbitraje exclusivamente. La realidad es que se refiere asimismo al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales. Lo hace de modo insuficiente y oscuro como hemos visto. Sus reglas principales son de naturaleza material. Proclamación de la validez del compromiso y de la cláusula arbitral. Esta última se admite con la condición de integrarse en un contrato, que constituye por sí mismo la especificación de las controversias que aquella cláusula regula. Ello se hace para evitar renunciaciones generales a la competencia de los Tribunales de Justicia. La materia arbitrable puede quedar limitada a la materia mercantil. Necesidad de formular la oportuna reserva. El principio de deslocalización del arbitraje. Es lícita la sentencia dictada en un tercer país. El procedimiento se rige por la voluntad de las partes o por la ley del territorio donde tenga lugar el arbitraje.

Con todos sus defectos y oscuridades, acreditativos de las dificultades de la negociación y de la ausencia de filosofías coincidentes el paso adelante que supuso el Protocolo es de destacar. El reconocimiento de la cláusula arbitral equiparándola al compromiso es por sí mismo una declaración de la mayor importancia.

C) Estudio especial del Convenio de 1927. En los cuatro primeros artículos se contiene la parte esencial. Confirma el principio de respeto de toda sentencia arbitral dictada como consecuencia de un compromiso o cláusula arbitral válida. Agrega a dicho principio una serie de requisitos para ello de los que carecía el Protocolo 1923. Subsana el defecto apuntado al comentar el Protocolo de 1923. Se comprende en sus reglas la ejecución de cualquier sentencia arbitral pronunciada en territorio dependiente de alguno de los Estados contratantes. Establece motivos de denegación del reconocimiento y ejecución que son estimados de oficio. Una especial vía procesal para los vicios de este carácter. El espíritu de desconfianza que encarnó en el Convenio de Ginebra de 1927. Sus perniciosos efectos para el arbitraje internacional. Los balbuceos del sistema. La crítica doctrinal. Hasta el convenio de Nueva York de 1958 no se resolvió este problema.

Sección X. El Convenio de Nueva York de 1958, sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras.

A) Su sentido derogatorio de los Convenios de 1923 y 1927. Las especialidades

de tal sistema. Es derogación relativa a aquellos Estados que fueran parte del mismo, por ratificación o adhesión. No se produce "ope legis". A diferencia de la regla que define su ámbito personal —que puede abarcar a Estados que no fueran parte del mismo—, aquí la norma derogatoria requiere la condición de estado parte.

B) El artículo 1º del Convenio establece una obligación a cargo de los Estados contratantes que les vincula incluso respecto de las sentencias dictadas en Estados que no son parte del mismo. Ello puede excluirse formulando la oportuna reserva conforme al artículo 1.3. del Convenio. Se trata de un Convenio de "geometría variable". Se trata de establecer un sistema universal. El Convenio se aplica con la amplitud variable expresada, sin distinguir la nacionalidad de las partes en la controversia y el lugar donde se dictó la sentencia. Caso de las sentencias consideradas no nacionales por la ley del país donde fueron pronunciadas.

C) El campo de aplicación del Convenio de Nueva York (análisis complementario). Su geometría variable. El juego de las reservas. La facultad de los Estados que no son parte del Convenio de aplicar las normas del mismo. El establecimiento de un "maximun" de Derecho internacional. Las reducciones de esta ámbito máximo. Las reservas sus clases. La reserva de reciprocidad. La reserva de comercialidad de la materia. Algunos autores establecen otra limitación a la que impropriamente llaman reserva. La necesidad de que la sentencia arbitral cuyo reconocimiento y ejecución se pide, haya sido pronunciada en Estado distinto de aquel en que se solicita la ejecución. Es decir se excluye de la aplicación del Convenio la sentencia dictada en el propio país en el que se pronunció. La ejecución de esta queda sujeta al régimen vigente en dicho Estado. Estudio detallado de las dos primeras reservas.

D) La llamada tercera reserva. El lugar donde se pronuncia la sentencia arbitral. La especial naturaleza de esta limitación. Es de origen legal sin que juegue papel alguno la voluntad de las partes. la definición de "sentencia arbitral extranjera". El artículo 1º del Convenio de Nueva York. El requisito de que se dicte en un Estado extranjero. La irrelevancia de la nacionalidad de las partes del convenio arbitral o de las afectadas por la sentencia. Tampoco existe limitación alguna por razón de la materia. Esta puede ser un asunto interno del país donde se pronuncia. El caso de las sentencias consideradas no nacionales por la ley del Estado donde fueron pronunciadas. Examen de este caso. El dato decisivo de la aplicación de una ley procesal extranjera para que la sentencia se considere no nacional en algunos países. El caso de las sentencias "desnacionalizadas" o "apátridas". Las opiniones divergentes. La cuestión es determinar si están comprendidas o no en el campo del arbitraje internacional. Caso especial de la jurisprudencia francesa que somete las sentencias "apátridas" al Convenio de Nueva York. Otra cuestión. Las sentencias pronunciadas en país extranjero sobre diferencias entre ciudadanos del país en el que se pide al exequatur. Diversidad de opiniones. La legislación inglesa y la alemana excluyen del Convenio de Nueva

York a las sentencias de la clase apuntada. Posición de la jurisprudencia italiana. Diferencias entre el Convenio de Nueva York y el de Ginebra de 1961. Este último exige que las partes tengan su domicilio, residencia o sede en estados distintos. La cuestión sigue abierta. El Convenio de Nueva York no dice nada sobre el problema. Este es un caso que resuelven las leyes nacionales sobre arbitraje internacional. Una razón moderadora. A veces las sentencias de la clase apuntada se producen por razón de ser obligatorio el arbitraje en alguna sede determinada según los estatutos de una asociación profesional de comerciantes.

E) La cláusula arbitral y el Convenio de Nueva York. Historia de otro olvido. Otra vez más el título o rúbrica del Convenio no corresponde a su contenido. El primero se refiere al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras; el segundo da un solemne mentís a dicha afirmación y contiene un artículo II destinado a regular la cláusula arbitral con normas de derecho sustantivo de gran trascendencia. La razón de ello está en otro olvido. Como el Convenio de Nueva York declara derogados al Protocolo 1923 y el Convenio de 1927, el reconocimiento de la validez de la cláusula arbitral contenido en el artículo I del Protocolo de 1923 quedaría derogado. Para obviar este "explosivo" efecto hubo —a toda prisa— que incluir en el Convenio de Nueva York y en el artículo II la confirmación de la validez de la cláusula arbitral. Se hizo apresuradamente, se insertó la regla jurídica en un lugar inadecuado, pero se olvidaron de corregir la rúbrica del Convenio internacional. Consecuencias de su integración en el Convenio de Nueva York. Los requisitos de forma de la cláusula arbitral. Los problemas que plantea. El contraste de la cláusula arbitral con la sentencia a los efectos de la concesión a esta del *exequatur*.

F) La cláusula de la compatibilidad del Convenio de Nueva York con otros acuerdos bilaterales o multilaterales. La cláusula de la sentencia más favorecida. Son la expresión de un espíritu de tolerancia. La antítesis de una regulación exclusiva y excluyente. Por consiguiente las sentencias que no pueden acogerse a sus normas no por ello se condenan a la ineficacia. Son válidos cuantos acuerdos pudieran concertarse por los Estados contratantes. Se permite la coexistencia con toda clase de acuerdos sobre reconocimiento y ejecución de sentencias. Todo esto se complementa con la cláusula de la sentencia más favorecida. El sentido y alcance de esta cláusula. Es la vía por la que las sentencias arbitrales que no puedan acogerse al Convenio, pueden ser presentadas al "*exequatur*", haciendo valer cualquier derecho que confiera al interesado la legislación o los Tratados de País donde la sentencia se invoque. No juega aquí por tanto el principio de que los Tratados son superiores a las normas de Derecho de los Estados.

G) La denegación del reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales según el Convenio de Nueva York.

a) Los dos grupos de motivos de denegación del reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales.

b) Los motivos que componen el primer grupo. El defecto de capacidad de las partes. La invalidez del convenio arbitral por contravenir la ley aplicable. Otros defectos procesales. Los defectos de la sentencia (exceso de poder, nulidad de sentencia o no ser esta todavía obligatoria). Ausencia de todo control sobre el fondo.

c) El segundo grupo de motivos. El de no ser arbitrable la materia controvertida según la ley del país de la ejecución. Contradicción con el orden público propio del país antes mencionado. Este concepto no es el que corresponde al orden público interior sino al orden público internacional.

Sección XI. El Convenio europeo sobre el arbitraje comercial internacional de 21.4.1961.

A) La situación de ruina del comercio internacional después de la segunda guerra mundial. La Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas. La creación de un grupo de trabajo. Su finalidad. El perfeccionamiento del régimen del arbitraje comercial internacional sin derogar el convenio de Nueva York. El Convenio de 1961 no es un texto con aspiraciones universales como el de 1958. Se trata de un régimen adecuado a las necesidades de países concretos.

B) Nueva definición de la internacionalidad de las relaciones. Abandono del sistema de la distinta nacionalidad de las sentencias. Ahora lo que es internacional es la operación de comercio que se somete al arbitraje. Este extremo es fácilmente comprobable y excluye la referencia a la regulación de la materia mercantil según las leyes de los Estados. Aquí se requiere que las personas que intervienen en ella tengan su domicilio social o residencia habitual en países distintos. El tráfico internacional se define por el hecho de que las mercancías situadas en un país se entreguen o pongan a disposición de la otra parte contratante en el territorio de otro país distinto. Esta nueva definición provoca situaciones contradictorias entre los países. En unos Convenios resultan admisibles estas cuestiones como arbitrables; en otros no. Caso de Francia; la reserva de comercialidad y el contrato de obras públicas. La irrelevancia de la sede del contrato de obras públicas.

C) Los tres sistemas de normas.

a) Las de organización del arbitraje.

b) El sistema de la eficiencia procesal del convenio ante los Tribunales de Justicia. La declinatoria por incompetencia del Tribunal fundada en la inexistencia, nulidad o caducidad del convenio. La declinatoria o excepción fundada en la existencia de un convenio arbitral.

c) Las reglas aplicables al fondo de la controversia. El principio de libertad que inspira el Convenio. Facultad de las partes para determinar de común acuerdo la ley aplicable

al fondo. En otro caso la señalarán los arbitros. La regla sobre las estipulaciones del contrato y los usos mercantiles. La facultad a conceder a los arbitros para actuar como amigables compondores.

D) El sistema de garantías del artículo 9 del Convenio. Los defectos de la sentencia que han de ser alegados y probados por la parte que se opone al "exequatur". Los demás motivos que son de ser estimados de oficio. Observación especial de la causa fundada en la no obligatoriedad de una sentencia. Los problemas que acarrea la consiguiente "importación" del Derecho extranjero. La solución se encontró en limitar las causas de anulación de la sentencia extranjera a las cuatro causas del artículo V del Convenio de Nueva York, ahora transcrito en el artículo IV del Convenio de 1961. Los demás motivos se consideran como simples causas de denegación del exequatur de la sentencia extranjera que no impiden el replanteamiento de su ejecución en otros países. La determinación del Derecho aplicable a fondo de la cuestión. La fórmula del artículo VII del Convenio de Ginebra ha obtenido gran eco en los reglamentos arbitrales. Su texto que en la versión francesa se refiere al "Derecho" y no a la Ley ha dado origen a una interpretación extensiva. Su apoyo en el artículo 1496 del NCPC que se refiere a "les regles de droit". Entiendo no es necesario referirse a una ley nacional sino a una combinación de Derechos, a los principios generales del mismo, al Derecho internacional, a las costumbres e usos comerciales. La Sentencia del Tribunal de Apelación de París de 13.7.1979. la cuestión relativa a los usos de comercio. Diversas interpretaciones de la expresión "tener en cuenta" contenida en el artículo V II.1 del Convenio de 1961. La doctrina y la jurisprudencia francesas. Consideraciones finales.

Sección XII. El Convenio de Washington de 18 de mayo de 1965.

A) La razón de su existencia. El Banco internacional para la reconstrucción y el desarrollo. La creación del CIRDI como centro internacional para la resolución de las diferencias relativas a inversiones.

B) Los diversos procedimientos que ofrece el CIRDI, la conciliación y el arbitraje. Las dos variantes clásicas de este último. El arbitraje de Derecho y el arbitraje "ex aequo et bono".

C) El procedimiento ante el CIRDI Consideraciones generales. La competencia del CIRDI. La lista de asuntos que cada Estado considera pueden someterse a la decisión del CIRDI. Es un arbitraje voluntario no obligatorio, pero es excluyente de otros. La tramitación. El nombramiento de los árbitros. Su crítica. La exclusión de todo problema sobre las reglas procesales aplicables. La sentencia arbitral. La petición de aclaración o interpretación de la sentencia. Los recursos de revisión y anulación de la sentencia. Es órgano competente para

la tramitación de este recurso un Comité de árbitros designado "ad hoc" por el Presidente del CIRDI. Sólo tiene atribuido un "ius rescindens" pero no un "ius rescissionis". Cuando anula una sentencia, la parte interesada debe pedir al Centro se dicte otra nueva sentencia en lugar de aquella. La determinación de la ley aplicable al fondo. Crítica de la solución legal. El problema de la naturaleza de la resolución que dicte el Comité de árbitros. La ejecución de la sentencia; reglas a las que se sujeta.

Sección XIII. Otros Convenios internacionales.

A) Referencia al Convenio Europeo sobre Ley uniforme de arbitraje de 20.1.1966 que sólo ratificó Bélgica; al Convenio de Moscú de 29.5.1972 relativo al arbitraje en los litigios contractuales entre las organizaciones económicas de los países situados más allá del talón de acero; al Convenio Interamericano de Panamá de 1975 que es una adaptación del Convenio de Nueva York antes estudiado. Se remite al reglamento de procedimiento e la Comisión interamericana de arbitraje comercial que a su vez adoptó el reglamento de la UNCITRAL con ciertas modificaciones. Este último según opinión común es aplicable subsidiariamente en todos los arbitrajes sometidos a este Convenio. el Convenio de Amman de 14.4.1987. Los Convenios bilaterales.

B) Otros instrumentos facultativos. los reglamentos adoptados por diversas Comisiones de las Naciones Unidas y entre ellos el reglamento de la comisión de Naciones Unidas para el Derecho comercial internacional de 28.4.1976. Su caracter de reglamento facultativo, no obligatorio, para usar en los arbitrajes "ad hoc".

C) La Ley tipo UNCITRAL de 21.6.1985. Su finalidad es atenuar las diferencias entre las diversas leyes de los Estados, reconocer la libertad de las partes en la organización del procedimiento arbitral, asegurar un procedimiento equitativo y constituir un mecanismo de apoyo a la instancia arbitral. La libertad de las partes en cuanto a la designación de "reglas de Derecho". Contenido de esta expresión. la opinión de la doctrina francesa. Se pueden invocar reglas referidas a diversos sistemas nacionales incluso los usos de comercio, o los principios generales de aquellos sistemas. Este criterio fué recogido por el Convenio de Washington 1965 (artículo 42) y el NCPC francés (artículo 1496). Influencia de esta ley en otros países. Su admisión en bloque. Casos de California y Ontario. Crítica francesa a la definición de arbitraje internacional que sigue criterios que se estiman desfasados. El dato de la comercialidad de la materia debe ser objeto de interpretación amplia. Referencia a la regulación por la Ley tipo del convenio arbitral, del arbitraje "ex aequo et bono" de la amigable composición y del orden público.

INTRODUCCION GENERAL

Introducción

Sección I. La orientación de este estudio.

A) Es un hecho notorio la extraordinaria difusión del arbitraje comercial internacional. Constituye una realidad contemporánea de la mayor importancia. Disfruta de un alto grado de aceptación entre las personas y las empresas que actúan en el comercio internacional. No existe en aquel ningún contrato de mediana cuantía que no lleve inserta en su texto una cláusula compromisoria. Hoy día el hecho de concertarla se considera una prueba de lealtad y de buena fe. Constituye como dice Bernini "la punta emergente de un movimiento de opinión más amplio, inextricablemente conexas a la complejidad y frecuencia de las relaciones comerciales y de colaboración económica, a la multiplicidad de las potenciales jurisdicciones competentes, a la torre de Babel constituida por las diversidades lingüísticas culturales y socio-políticas, a la inexistencia de un Tribunal neutral y "super partes" y a la emergencia de controversias de contenido prevalentemente económico donde el contraste o oposición a nivel jurídico pierde importancia frente a la solución inmediata de un problema. L'arbitrato. Clueb Bolonia 1993, pág. 34).

La doctrina señala, asimismo el valor que alcanza el arbitraje como fuente de Derecho, sin carácter legislativo, que traduce el continuo proceso de creación de usos comerciales y crea una doctrina y una jurisprudencia que forman un "corpus" de extraordinaria importancia, que continuamente se enriquece y desarrolla para su aplicación a la "communitas mercatorum".

Esta fuerza vital de la institución se demuestra no sólo con relación a las personas y entidades que la utilizan, sino además por el hecho de la incorporación a la materia arbitrable de zonas de negocios anteriormente excluidas de este campo. Me refiero, a los relativos a los derechos de propiedad industrial en general, y a la materia relativa a la regulación de los trusts y otras fórmulas contractuales que pudieran impedir el juego de la libre competencia.

Además el arbitraje se ha revelado idóneo para la solución de controversias entre países con regímenes políticos y concepciones esenciales muy diversas. Lo mismo ocurre cuando los diversos Estados soberanos son parte de contratos con otros sujetos privados. Aquí la imposibilidad de que un Estado se someta a la jurisdicción de otro, es la razón determinante del empleo de la forma arbitral.



B) El arbitraje reposa sobre un sistema internacional constituido por una serie de Convenios de esta naturaleza, que se superponen a las reglas de los derechos nacionales y al mismo tiempo hacen referencia a algunas de ellas en determinadas cuestiones. El sistema se complica si atendemos al hecho de que numerosos países han dictado nuevas leyes respecto al arbitraje en las que frecuentemente se inserta una regulación del arbitraje internacional, que algunas veces rechina en contraste con las reglas internacionales.

Sobre esta múltiple estructura normativa internacional y nacional se ha desarrollado un extraordinario esfuerzo de análisis y síntesis de la doctrina y de la jurisprudencia, con resultados extraordinarios en algunos casos. El derecho francés, por decirlo así, ha apostado fuertemente a favor del arbitraje internacional; ha incorporado a su NCPC un cuerpo legislativo importante, concebido en términos de extraordinaria apertura. Los valores explícitos e implícitos de este sistema y la generosidad de su posición conceptual han producido desarrollos doctrinales y jurisprudenciales de gran importancia. Otros países como Alemania, han promulgado una nueva ley con un criterio amplio, que unido a la tradicional admisión del arbitraje de equidad, hacen del sistema germánico una importante realidad jurídica de extraordinario atractivo. Lo mismo puede decirse del sistema suizo y del de otros países.

Todo ello se trae a cuenta para demostrar que un examen completo del arbitraje internacional en la "communitas mercatorum" de ámbito internacional, lleva consigo la utilización de fuentes de referencia, y de bibliografía y jurisprudencia, de una dimensión que escapa objetivamente a las finalidades de este trabajo y a las disponibilidades de tiempo de su autor.

La solución del problema se ha obtenido por una doble vía. De una parte limitando los temas a tratar. En tres puntos o materias esenciales he fijado mi atención. Los tres son objeto de una doble disciplina (la de los convenios internacionales y de las leyes nacionales) los tres son de extraordinaria importancia. El convenio arbitral; el arbitraje de equidad y el concepto de orden público en el arbitraje comercial internacional. La segunda vía, por la que se ha acotado el objeto de esta investigación, ha sido la de limitar el impulso de agotar el campo del derecho comparado. Sobre una línea esencial constituida por el análisis en dichos puntos, del sistema francés, se establecen para cada una de las tres materias citadas, los análisis comparativos de aquellos ordenamientos juzgados más importantes en cada caso que pueden servir de contraste a fin de revelar la pluralidad de matices del régimen arbitral internacional. Tales análisis se refieren al derecho suizo, italiano, alemán, inglés, norteamericano y se hace alguna referencia breve a otros. Esta enumeración es global. Quiero decir que en cada uno de los capítulos no existe necesariamente un estudio comparativo del arbitraje respecto de los sistemas citados. Sólo se hace en cada caso de aquellos que se han considerado más relevantes desde el punto de vista de la exposición.

C) Este trabajo no se refiere al derecho español, sino al derecho extranjero. La razón de ello es doble. De una parte la existencia de numerosos trabajos sobre la ley española 36/1988 de 5 de diciembre en los que brillantemente han expresado su ciencia y experiencia ilustres juristas (Magistrados, Profesores, Abogados) de nuestra Patria, de otra porque mi propósito ha sido hacer una labor investigadora, que pueda ayudar al estudioso español, o al jurista en el ejercicio de su noble tarea. a descifrar y apoderarse de los conceptos esenciales de un sistema especial de Derecho que emergió subitamente como consecuencia de la incorporación del Reino de España a los Convenios Internacionales que lo regulan. Ello implica que en el ámbito del derecho mercantil los españoles y las sociedades de igual nacionalidad, puedan verse afectadas no sólo por la aplicación de tales normas internacionales, sino por otras pertenecientes a diversos Estados, interpretadas y analizadas unas y otras por una brillante jurisprudencia y doctrina extranjera no menos elogiada.

Soy consciente de las limitaciones de este estudio, —expresamente aceptadas— y del gran número de materias que han quedado fuera del mismo. Los temas relativos a la determinación de las leyes aplicables al fondo de la controversia, el desarrollo de la instancia arbitral, el régimen de recursos contra las sentencias arbitrales y otros muchos, son cuestiones no tratadas, por exceder del número de años de trabajo que quise fijarme. Por otra parte mi propósito no es el de escribir ahora un estudio completo sobre el arbitraje extranjero, a pesar de su fascinante atractivo.

A través de este periodo de mi vida los obstáculos y las dificultades consiguientes a una actividad de esta clase, han sido obviados o superados por la magistral ayuda que el Director de esta tesis me ha prestado, con sus consejos sugeridores de vías de estudio, de bibliografía y metodología. El Excmo. Sr. D. Evelio Verdura Tuells ha sido para mí por su sabiduría y experiencia envueltas en una extraordinaria simpatía, una luz orientadora y vigilante a través de estos años en los que ha tomado cuerpo este estudio. La expresión de mi gratitud será siempre muy inferior al valor de su ayuda.

Permitase ahora a este antiguo alumno, después de varias decenas de años consumidas en tareas jurídicas cumplidas en diversas situaciones y destinos, acercarse de nuevo con la misma ilusión de su juventud, ya tan lejana, a las puertas de la Universidad Complutense, para entregarle esta modesta ofrenda como expresión de gratitud y de respeto y en memoria de los maestros que me infundieron la vocación de jurista.

Sección II. La dimensión histórica del arbitraje.

No he podido eludir esta investigación. He pretendido obviarla, porque conozco

el peligro que se encierra en sus caminos para quienes conocemos su embrujo. Tampoco estaba en mi propósito incurrir en una exposición atemporal, fría y ciega ante el origen y proceso de desarrollo de las instituciones. Los dos vectores de mi pensamiento me han llevado a una síntesis, más corta que una investigación histórica a fondo y más amplia que una mera exposición de antecedentes abstracta y por ello desencarnada y puramente erudita, sin utilidad práctica. Si lo he conseguido se verá más adelante.

Es notorio que la visión histórica de las instituciones jurídicas, si elude los defectos apuntados, constituye la mejor vía de acceso al conjunto de hechos y experiencias y al sistema de razones que dan el ser a una de aquellas, y constituye una teoría general de la misma, que abarca sus planos conceptuales y vitales, y por ello no sólo nos introduce en el país de los conceptos, sino en el curso de su existencia llena de sucesos favorables unos y adversos otros, que depuran los principios y ayudan a precisar el nivel de la conciencia jurídica de una determinada civilización. Por ello por constituir un "prius" lógico de toda exposición, he intentado crear el instrumento que sirva luego para analizar los textos modernos, más allá de su comprensión literal o sistemática y nos revele el sentido o el espíritu de las instituciones como se ha dicho por una voz alemana de enorme prestigio en la jurisprudencia, lo que es indispensable para valorar cuanto conserva expresamente, cuanto deroga o modifica, y cuanto calla el derecho vigente en cada época, advirtiendo la diferencia entre el derecho promulgado y el vivido. Veremos a los efectos de este estudio como el devenir histórico es algunas veces circular o recurrente y situaciones idénticas o análogas se repiten en su curso. Ello demuestra el arraigo histórica de muchas reglas de Derecho aplicables al arbitraje comercial internacional hoy día.

En tres apartados intento recoger los datos históricos que he considerado relevantes. Me refiero primero al Derecho Romano, luego a la evolución durante el Medioevo y por fin a las Edades Moderna y Contemporánea, deteniéndome antes de entrar en el análisis de los Convenios internacionales y otras leyes vigentes.

Sección III. Un examen del arbitraje según el Derecho Romano.

A) La idea del arbitraje es una noción antigua. Como concepto está a medio camino entre los de justicia privada y justicia de la comunidad política.

Desde el punto de vista histórico no se pueden precisar linealmente los períodos de vigencia de cada sistema. No se trata de una sucesión; más bien es una coexistencia y en ocasiones una interpenetración de los sistemas. Así podemos situar la existencia de un "arbitrator" que ejerce funciones judiciales frente a otro que actúa en el campo contractual.

Por otra parte las figuras institucionales cambian con el tiempo. Las ideas que en ellas encarnaron varían y bajo el mismo nombre, viven doctrinas distintas de las anteriores. En ocasiones las instituciones se duplican e ingresan en diversos sistemas concurrentes en una misma cultura, conservando más o menos sus antiguas características.

Para sistematizar del modo más breve posible los datos esenciales a los fines de esta investigación, distinguiré la posición del arbitro en el proceso y la que ocupa en el arbitraje contractual.

B) El "arbiter" y el "iudex".

a) No es fácil la interpretación de las fuentes. Por otra parte al no ser coetáneas dejan grandes lagunas difíciles de colmar. Procurando evitar una exposición atemporal y monolítica diré:

1º. Los textos de la Ley de las Doce Tabas, que han llegado a nosotros nos presentan un personaje llamado "arbiter" con personalidad propia y perfil característico distinto del "iudex". Los textos arcaicos parecen establecer una incompatibilidad funcional entre ambos. Unas veces entendía el "iudex", otras lo hacía el "arbiter". Así se pronuncian la tabla II.2 (... "iudici arbitrove") y la Tabla IX.3 ("...quae iudicem arbitrumve iure datum..."). la partícula enclítica "ve" equivalente a la disyuntiva "o" en ambas frases, señala que se trata de dos vías para la resolución de las controversias. Confirma este criterio la referencia de la Tabla 2.1.

b) A la "legis actio per iudices arbitri postulationem" aplicable a los procesos de división de herencias (familias ejerciscundae) y de deslinde (finium regundorum) en los que ante la negativa del demandado, replicaba el actor diciendo "Te pretor iudiciem sive arbitrum postulo uti des". Al parecer en estos casos entendía el "arbiter" y no el "iudex".

Los criterios definitorios de la competencia de uno y otro sólo son objeto de conjetura. Parece el criterio más acertado el de reservar al "arbiter" aquellas cuestiones que tienen un fuerte componente de hechos abigarrados para cuya comprensión es necesaria una técnica especial, no bastando la especialización general del "iudex".

Las acciones divisorias, ya fuere, de la herencia o de comunidad de bienes, y las de deslinde, están en estas circunstancias, en las que la definición jurídica que la sentencia contiene ha de aplicarse a muchos problemas no previstos en la ley que no prescribe soluciones.

En apoyo de esta tesis vino la interpretación de un ilustre romanista alemán que sostuvo que "ad" y "betere" o "bitere" significan a quien "anda por el lugar" de donde se con-

cluye que el "arbiter" es un experto que visita los lugares afectados por la controversia a fin de obtener la información directa que le permita enriquecer la visión estrictamente jurídica con otros datos relevantes de carácter técnico (1).

No cabe la menor duda de que esta distinción en el orden de la práctica se enfrentaría con cuestiones dudosas y complejas. Por otra parte el proceso iniciado por el ejercicio de la legis actio de la que tratamos, servía para reclamar lo debido en virtud de un contrato verbal (ex sponsione) además de las cuestiones relativas a las acciones divisorias y de deslinde. Atendido el carácter riguroso del proceso, la fórmula, únicamente utilizable, prevé ambos supuestos y deja en manos del Magistrado la designación del cauce apropiado.

En este período el "arbiter", mejor dicho el Colegio de tres árbitros, es empleado para precisar el importe de los frutos percibidos por un poseedor interino de la cosa, cuando resultare vencido y condenado a pagar el doble de aquellos al litigante victoriosos que la reclamaba como suya, y había ejercitado la legis actio per sacramentum. Esta multa era consecuencia de la falsa reclamación ("vindicia falsa").

En esta fase las diferencias entre "iudex" y el "arbiter" parecen relativamente claras. Sin embargo en algún momento se emplearon indistintamente ambos términos y ellos ocurrió también en fases posteriores. En la época clásica ello es usual y dió origen a alguna doctrina entre los romanistas sobre la completa identificación de ambas nociones. Más esta doctrina no puede admitirse de modo absoluto, ya que siempre se reconoció que el "arbiter" tenía para producir su "arbitrium" mucho más poder discrecional que el "iudex" respecto de su "iudicium" (2). La definición de Festo es esencial para documentar este extremo. ("arbiter dicitur iudex quod totius rei habeat arbitrium et facultatem" (3). No sobraría recordar aquí que en las dos fases del procedimiento de las acciones de la ley, la primera -in iure- ante el Magistrado, estaba limitada a determinar si la controversia era admisible según el Derecho, y en caso favorable se concedía la protección invocada, proveyéndose al nombramiento del "iudex" o "arbiter" por medio de un contrato celebrado por las partes que se comprometían a aceptar su sentencia o laudo (fase "apud iudicem"). Este contrato es la "litis contestatio". El "iudex" o "arbiter" prometía dictar sentencia o laudo. El Magistrado dirigía al "iudex" o "arbiter" la orden de resolver el caso. Es el "iussum iudicandii" por el que se confiere la potestad de resolver la controversia.

C) Posteriormente cuando el "ius vetus" fue siendo modificado y perdió gran parte de su simbolismo y carácter mágico, y fué más atento al sentido de la Justicia, evitando irracionalismos y escollos procesales, la noción de arbiter con todo lo que comporta —la discrecionalidad o arbitrio en la consideración de la litis en cierta medida— adquirió una fuerza ascensional extraordinaria.

En la época del procedimiento formulario se habla ya de "arbiter" para tratar de cuestiones muy distintas de las que le fueron atribuidas en un primer momento, ya no es una especie de agrumensor o partijero. La construcción del concepto de los contratos de buena fé, frente a la antigua noción de los contratos de derecho estricto, dió origen al "iudicium" "bonae fidei" en el que el "iudex" ya no se limitaba a responder si o no a la petición del actor, sino que resolvía según las circunstancias del caso y conforme al patrón de conducta seguida por las personas honestas y leales. Ya no se podía fundar una resolución en el derecho positivo..

Se transformó por ello la función del iudex; en el derecho positivo. Se llaman en las fuentes "arbitria" a las sentencias dictadas en aquellos procedimientos ("iudicium bonae fidei"). Se habla incluso de "postulatio arbitrii" en el procedimiento interdictal (4).

D) La noción de los contratos de buena fe es producto de dos causas. De una parte las relaciones comerciales entre ciudadanos romanos y los "peregrini" y las dificultades en conceder a estos últimos el "ius commercii" con los romanos.

De otra parte está el hecho de que las partes se fundasen en tales contratos, en la recíproca confianza, en la honestidad y la correcta conducta de los contratantes. Se pactaba que en caso de diferencias se designaría por las partes un colegio de árbitros constituido por personas de la nacionalidad de los litigantes, en número igual, y presididos por otra personas de nacionalidad distinta. Este "collegium" de "recuperatores" debía determinar si alguna parte se hubiere separado de los niveles de honestidad y corrección comercial usualmente reconocidos como obligatorios, en los medios de negocios, y si en tal caso si alguna de las partes tuviere razón para recuperar alguna cosa de la otra. Estamos ante contratos no regulados por el "ius civile" sino por la conciencia y la equidad. El "iudex" no aplicaba normas de derecho positivo sino que arbitraba.

E) La sabiduría romana proveyó a la creación del Pretor peregrinus. La función de este fue decisiva, creando sobre la base de la "bona fides" la regla del juicio que debían aplicar los recuperatores. Las dificultades del procedimiento formulario se salvaron y muy frecuentemente el collegium de recuperatores actuaba como iudex y se le investía con un poder de resolver conforme a un "iudicium bonae fidei" que le permitía el amplio juego de un poder discrecional, para resolver que lo que se estimare conveniente (quidquid dare facere oportet ex fide bona).

Lo verdaderamente extraordinario es que las creaciones del Pretor peregrinus que abrieron brecha en los rigores del "ius vetus", en nombre del "ius gentium", provocaron a su vez la modificación de aquel, abriéndolo a más amplias perspectivas de justicia y transformándolo en el "ius civile novum". La vía de acceso a estas nuevas posiciones fue el derecho

pretorio es decir la tarea del Pretor Urbanus de Roma que como su hermano el Pretor peregrinus tuvieron en sus manos a una de las épocas más trascendentales de la evolución jurídica de Roma.

Todo esto, por atrayente que sea, tiene que terminar aquí. Hemos descrito la parábola trazada a lo largo de muchos siglos por aquel experto en cuestiones divisorias y particionales y en las de deslinde de fincas, que se va transformando en un "iudex" que juzga como "arbiter" por que no se encierra en las fórmulas del "ius vetus", sino en las amplias y generosas del "ius gentium" y del "ius novum". Se funden aquí las dos figuras del "iudex" y "arbiter" en el proceso civil romano.

Después de esto, poco hay que añadir. El juez y el árbitro se identificaron, pero se matiza que aquel ha absorbido las esenciales características de la función del primero. Poco importa que después, el sistema formulario fuese sustituido por la "extraordinaria cognitio" en la época postclásica, es decir, en el período que comienza con el Imperio de Diocleciano. Entonces se generalizó el uso procesal de resolver los litigios en una sola fase, la desarrollada ante el Magistrado, suprimiendo la fase "apud iudicem". El Juez es ya un funcionario público. No ocurre como antes en que el "iudex" era un simple particular. No tiene "imperium" sino que su facultad descansa en el "officium" consolidado por el juramento que prestaban al ser designados, prometiendo fallar conforme a Derecho. Este a su vez había evolucionado superando rigideces ancestrales.

El "arbiter" jurisdiccional ha cumplido su ciclo. ¿Fue posible el arbitraje contractual en Roma?. Sin duda alguna. Ahora nos referiremos a ello.

F) El derecho contractual del arbitraje en Roma.

a) Es notorio que en Roma no existió jamás la libertad de contratar. Sólo un número determinado de contratos eran acogidos por el "ius civile"; los demás eran repelidos e ineficaces, aunque no ilícitos. Tal es el caso del convenio arbitral y de la sentencia que el "arbiter" dictaba. Por el contrario la doble promesa de las partes, ("compromissum") unida a la "stipulatio" de que se pagaría una suma (poena), si no se sometiese alguna parte al arbitraje o si se negase a cumplir el laudo cae dentro del "ius civile". El "iudex" ante la acción fundada en la doble "stipulatio" no examinaba si la sentencia era o no conforme a derecho. Sólo atendía a si las condiciones previstas en la "stipulatio" existían, y procedía a darle eficacia ejecutiva exclusivamente a esta.

b) Esta primera época marcaba la absoluta diferencia entre proceso y arbitraje, entre "arbiter" y "iudex". Sólo las resoluciones del último adquirirían valor de "res iudicata" y eran ejecutables. Las del "arbiter" permanecían aisladas y privadas de toda conversión. La

sola garantía para el compromitente victorioso estaba en el pago de la pena. Las rigurosas reglas del "ius vetus" cerraban el paso a toda cuestión que no estuviere regulada por sus normas, cada vez más superadas por la realidad de la vida.

Esta situación fué modificada por cambiar el curso de las ideas. En las épocas del Imperio, Justiniano concedió aquel a cuyo favor se otorgó la resolución del arbiter una acción "in factum". Esta regla se aplicaba a algunos "arbitrium" especialmente calificados. (arbitrajes realizados bajo la autoridad episcopal y aquellos otros en los que el compromiso originario, iba reforzado por un juramento de conformarse con la decisión del árbitro). Estos casos excepcionales alcanzaron sólo un número limitado y durante un corto periodo.

En realidad la obligación de ejecutar la resolución arbitral —bajo Justiniano— sólo existía si la parte vencida la hubiere aceptado. La aceptación podía ser expresa o tácita. Esta última se producía cuando se guardaba simple silencio, durante diez días después de haber conocido la sentencia.

Ya hemos precisado antes la decisiva transformación del derecho civil antiguo por obra del derecho de los Pretores, originada como consecuencia de la eclosión del "ius gentium". Pero la solución se llevó al campo judicial y no consistió en reconocer la ejecutividad directa de la sentencia pronunciada en arbitraje contractual.

G) Para terminar este análisis del derecho de Roma, nos hemos de referir a otra institución constituida por el acuerdo de las partes para encargar a un tercero, la misión de fijar determinados elementos del contrato (el precio de la venta; la renta del arrendamiento; la, parte de los beneficios atribuible a cada asociado).

Este pacto incluido en los llamados contratos de buena fe o contratos consensuales no estaba sujeto a las limitaciones del compromiso. La decisión del tercero construía elemento esencial del contrato y era ley de las partes. Este tercero llamado en la Edad Media "arbitrator" debía resolver conforme al "arbitrium boni viri". (5) La institución como luego veremos estaba llamada a más altos destinos. Una constitución justinianeas autorizó el uso de esta cláusula.

Aquí quedó busquejado el sistema romano. A través de los sangrientos sucesos que abren las puertas al Medioevo sobrevivió a la ruina del Imperio de Occidente. Ardió con especial esplendor en el Corpus iuris civilis en los últimos tiempos de aquel. Luego convertida en la Ley de los vencidos por los bárbaros —el pueblo de los rostros sin nombre que dijera Manzoni— tuvo suficiente poder de sugestión para impregnar a través de las Compilaciones, al sistema jurídico de los pueblos germánicos invasores. Moderado, humanizado, depurado y enriquecido por la finísima doctrina de los canonistas y glosadores pasó a tra-

ves de los siglos, de los pueblos y sus sistemas políticos hasta nuestros días, convertido en una institución vigorosa y de inestimable utilidad.

Notas a las Secciones I, II y III

- (1) La etimología se encuentra en Vanicek Etimologisches Wörterbuch der latein Sprache. 1887. Vol I, pág. 47. La opinión es desarrollada por F. Eisele Beiträge zur röm. Rechtsgeschichte. Leipzig 1896, pág 1.

Estos textos se citan por Bonifacio en Novissimo Digesto Italiano: Voz: Arbitro e Arbitratore (Diritto Romano); pág 926.

Otros casos pueden citarse. Un "collegium" arbitral decidía en los casos de presentación de una falsa vindicia (Festus: Codex Festi Farnesianuo: Edición Lind. Pág. 376). También se emplea un arbitro para la "litis aestimatio" (Vide Bonifacio: lugar citado).

- (2) Wlassak sostuvo la primera opinión. Römische Prozessgesetze: vol II pág. 287: La contraria por Kieller Wach. Des röm. Civil process. Leipzig 1883: 6 edición pág. 33 y siguientes. La doctrina moderna considera que ambas son demasiado radicales, aunque contienen su parte de verdad. No es posible sostener la distinción entre las dos figuras de juzgadores en épocas muy adelantadas de la historia del derecho de Roma (Bonifacio loc. cit.).

Se ha señalado que en el encabezamiento de la fórmula procesal en todo caso, sea ante el "iudex" o ante el "arbiter" se dice "iudex esto". La observación fue hecha por Bethmann-Hollweg y cita como ejemplos los de la acción publiciana (Gayo 4.36) y la "actio depositi" (Gayo, 4.47).

- (3) Codex Festi Farnesianus, pág. 15. Edición Lind.

- (4) Se observa en todos estos casos que la intervención del "arbiter" se produce cuando no se trata de resolver una controversia conforme al "ius vetus" o cuando la cuestión se descompone en una serie de problemas que requieren ser resueltos con una técnica ajena al derecho antiguo. Los contratos de "bona fides" vivían en la periferia del antiguo Derecho. Para resolver los problemas presentados había que partir de principios filosóficos y morales ajenos a las estrictas formulaciones del ordenamientos. El "iudex" no podía juzgar como tal, pues no había Derecho aplicable. Lo mismo ocurría con el colegio de "recuperatores". Todo ello requería la aplicación de principios y reglas ajenos al derecho estricto. Por ello y como en los antiguos tiempos respecto de las acciones divisorias y de deslinde, interdicto y algunas más, en los que los

problemas eran distintos a los puramente jurídicos —piénsese por ejemplo en la ciencia de discernir los linderos, la apreciación de cierres y mojones, calificación de siembras y otras labores agrícolas, la variación del curso de ríos y arroyos. La reposición de caminos y de servidumbres, la valoración de bienes y su partición equitativa— se requirió aquí al "arbiter" que como experto en tales cuestiones podía resolver con más acierto.

La noción del *ius gentium*, la penetración de las doctrinas cristianas y la evolución del sistema contribuyeron a esta ampliación del campo de acción del "arbiter". Cuando el *Corpus iuris* de Justiniano surge, ya no se distingue entre arbiter y iudex porque el *Corpus* pretendía haber recogido dentro de su ámbito todo lo que estaba fuera del Derecho en la época del "ius vetus" y que tuvo que construirse fuera de aquel. En la "cognitio extraordinem" ya el "arbiter" es el Juez y no se le atribuye una mayor amplitud de facultades respecto de este con el que queda identificado. Esta hipótesis parece destacar el camino del arbitraje jurisdiccional en el arco de tiempo del Derecho de Roma.

- (5) Fides bona exigit ut arbitrium tale praestetur quale viro bono convent. Paulo Libro XXXIV ad ed.
- (6) Justiniano. Ley 15.C de cont. emp. 4.38. respecto de la compraventa y el arrendamiento. La posibilidad de someter a la decisión de un tercero el precio de aquella y la merced del arriendo (quanti ille aestimaveris).

Sección IV. El derecho intermedio.

A) La transmisión del legado del Derecho romano. Los reinos bárbaros en Europa.

No es fácil describir aquí los choques entre diversos pueblos y culturas que constituyen la entraña del Medioevo. Haremos un intento, movidos por la idea de que los sucesos que vamos a analizar esquemáticamente constituyen una valiosa aportación al estudio de la naturaleza del arbitraje y de su extraordinaria vitalidad.

Cuando en el año 476 Odoacro depone a Rómulo Augústulo, por vía de un golpe de fuerza de los aliados de Roma (*foederatis*), comienza la crisis del mundo antiguo y la desaparición del Imperio de Occidente. No obstante en esta primera etapa, Odoacro y luego Teodorico trataron con veneración al Imperio y se consideraron en relación de subordinación con el mismo. Los reinos que los Visigodos crearon alrededor del año 450 en Iberia y en Galia no tuvieron como fin excluir las leyes peculiares de los pueblos sometidos: El sistema de la personalidad de las leyes lo impedía.

La afirmación precedente no debe entenderse como significativa de que el pueblo romano aplicase el Derecho clásico. Al contrario. El derecho romano de dicho período, que se cierra con el último de los Severos, había sufrido el fenómeno de lo que se llama la vulgarización de sus textos, motivada por la evolución de las ideas e intereses lo que exigía la modificación de las normas clásicas.

Varios textos de este Derecho han llegado a nosotros. Fueron recogidos en las compilaciones de derecho romano que los Reyes de la época bárbara dieron a sus súbditos sujetos a la "lex romanorum". Nació así un compendio del Derecho romano vulgar aplicable a las poblaciones romanas sometidas a los nuevos reinos. Surge así la Lex Romana Wisigothorum o Breviario de Alarico en 506, que ofrece la particularidad de que los textos recogidos están acompañados por una "explanatio".

Con finalidad similar se promulgó la Lex Romana Burgundiorum aplicable al territorio dominado por los burgundios, en el sur de la Galia alrededor de la cuenca del Ródano. Fué rápidamente eclipsada por la Lex de los visigodos, antes citada, que penetró en Borgoña y en Provenza e incluso en amplias zonas de la península italiana. La cumbre de este progreso se produce cuando se proclama el principio de la unidad del Derecho y Recesvindo, derogando a la anterior, promulga la Lex Wisigothorum Recesvindiana, válida para todos los pueblos vencedores y vencidos, romanos y visigodos (año 654).

A diferencia de los posteriores reyes visigodos y borgoñoneses que una vez roto el "foedus", se rebelaron contra el Imperio y que trataron como territorios de conquista las regiones del Occidente en las que se instalaron, Teodorico, que había reconquistado Italia después de una sangrienta guerra, encomendada por los emperadores de Bizancio, afirmaba administrarla en nombre del Emperador de Oriente. Las mismas necesidades sufridas en los reinos visigodos de determinar y compilar el derecho vulgar vivido llevaron a la promulgación del Edicto de Teodórico con el propósito de unificar el derecho aplicable a bárbaros y romanos. Se trata de una compilación de textos, romanos como el Codex Teodosiano, menos el Gregoriano y el Hermogeniano, y alguna novela posterior, así como las sentencias de Paulo, sin que se haga referencia alguna a las costumbres bárbaras. El reino ostrogodo se regía por el derecho teodosiano. Este consiste en una colección de Constituciones Imperiales publicada el año 438. Los textos recogidos en el edicto de Teodorico no fueron conocidos directamente (año 500) sino más bien en refundiciones creadas por la práctica. Los textos a veces se reproducen con fidelidad, otras modificados.

B) Las nociones romanas sobre el arbitraje sobrevivieron a estas vicisitudes y entroncaron con las antiguas costumbres germánicas. Hay que dar cuenta de la aparición de la Compilación y de Justiniano. Previamente a su entrada en vigor, este inició una guerra para rescatar de los bárbaros la península italiana. Duró aquella veinte años. Su costo en

vidas y haciendas fué enorme. Italia, convertida en campo de batalla, quedó en ruinas. Al final los bárbaros fueron expulsados.

Ante esta nueva situación —liberada Roma— una constitución imperial llamada Pragmática Sanción de 13 de agosto de 554 dispuso que fuese observada también "per partes Italiae" la referida Computación.

El resultado fué por tanto que la Compilación de Justiniano tenía sólo vigencia en Italia, y que las demás antiguas provincias, ocupadas por las milicias federadas de los reinos bárbaros, que habían terminado por romper con el Imperio en el siglo V, permanecieron como tierras de derecho Teodosiano.

Aquí se separa el destino de Italia del resto de otras naciones europeas. La Compilación de Justiniano tenía un mayor nivel jurídico y moral. En sus preceptos brillaban los principios de humanidad y universalidad derivados de una más completa compenetración con el espíritu cristiano. Además se dice que su acierto consiste en un armonioso equilibrio entre la solidez de la concepción romana y la finura propia de la concepción griega (1). La Compilación como es notorio no sólo contenía las leyes como hacía el Código Teodosiano sino que agregaba asimismo los "iura" o dictámenes de los juristas romanos, en los que estos se elevaban del caso concreto a los principios —el método inductivo— estableciendo la armonía del sistema sin esfuerzo visible (2). Italia —en la voluntad de Justiniano— se convertía en tierra de aplicación del Corpus iuris civilis.

Ello suponía la desaparición del derecho teodosiano en Italia, es decir del derecho romano anterior a Justiniano. Más no fué así. Algunos años después de la promulgación del texto de Justiniano los longobardos a través del paso de Friuli irrumpieron violentamente y ocuparon considerables partes del territorio italiano y rompieron su unidad política que tardó trece siglos en rehacerse. La aplicación del texto justiniano quedó gravemente obstaculizado.

Por otra parte la Iglesia Católica, cuya influencia benéfica en el orden de una justicia superior a la puramente legal llevó a introducir numerosas modificaciones del derecho antiguo que afectaron a las compilaciones posteriores, continuó refiriéndose a estas —el derecho teodosiano— incluso cuando la misma norma se comprendiera en la legislación justiniana. Además muchas normas se aprovecharon del Código teodosiano, atento este a problemas más modernos, que la legislación de Justiniano, en algunos casos.

El resumen en que concluye esta apretada síntesis, nos demuestra que la transmisión del Derecho Romano se produce con la cooperación de otros elementos jurídicos que lo convierten en un Derecho distinto del seguido en Roma en cuanto a algunas instituciones. En

lo referente al arbitraje, los datos que hicimos constar anteriormente se mantienen y van a recibir un impulso extraordinario. La razón en los primeros momentos de esta evolución se basa en dos hechos:

El desconocimiento de las leyes romanas por los jueces de los pueblos bárbaros, antes de la Promulgación de la Lex Romana Wisigothorum.

La población sujeta a las leyes romanas en su esfera privada, regulaba por aquellas sus contratos, derechos de propiedad y sus herencias. Si por razón de controversia acudían al Tribunal este fallaba según el derecho franco o longobardo. Así nos lo relata Pertile (4). Por ello se recurría a elegir árbitros de confianza que aplicase, las leyes romanas. Leicht nos dice que por regla general los ciudadanos sometidos a la ley romana elegían como árbitro al Obispo dadas sus condiciones personales entre las cuales se contaba el conocimiento del Derecho romano. (5).

b) La desconfianza en los textos positivos, por la incadaptación de los mismos y la preferencia en la aplicación de usos o costumbres locales.

La Iglesia Católica revelaba análogo sentimiento de desconfianza tanto sobre el derecho material, como sobre el procesal de los reinos bárbaros. Una epístola del Papa Clemente I dirigida a los primitivos cristianos recomendaba no acudir ante los "cognitores" seculares y remitía a los presbíteros de la Iglesia para que dirimieran la controversia entre cristianos.

Estamos aquí ante el arbitraje contractual. La entrada de este en la vida diaria se vió favorecida por la convivencia entre bárbaros, romanos y bizantinos. La praxis reconoció la posibilidad de separarse de la propia ley para concertar un contrato. El Edicto de Luitprando así lo admite en el año 727. La suplantación en los territorios donde regían la compilación Justiniana, por el Derecho romano vulgar, o por los usos y costumbres se expresa en una práctica notarial de los siglos posteriores en los que se ha de constar que el negocio se conviene "secundum legem et consuetudinem romanorum", cláusula esta de carácter típico cuando un sistema jurídico va caducando, y que revela las importantes mutaciones que los viejos textos sufrían por razón de las exigencias de la vida.

B) La Edad media. La influencia del derecho como consuetudinario germánico. El nacimiento de los Estatutos a Villas y Ciudades.

Al correr de los tiempos una institución de origen consuetudinario —el feudo— iba a provocar una extraordinaria evolución del Derecho. Procedente de costumbres germánicas, y aplicado por los pueblos de esta clase asentados en España y Galia en los siglos V

y VI, consistía en un pacto de vasallaje concertado por un hombre libre y un príncipe o notable, por el que el primero se ponía al servicio del último y recibía alimento y vivienda, y luego alguna concesión de tierras —*beneficium*— desempeñando las misiones que se le encargaran.

Este instituto demostró una extraña y poderosa fuerza disolvente de los poderes del Estado cuando los Monarcas comenzaron a concertar pactos de enfeudamiento con personajes poderosos a los que habían encargado funciones públicas en su representación. La confusión de estas funciones públicas, con las resultantes del feudo, originó que tales funciones públicas se ejercieron no como delegación real, sino como potestad feudal. El titular de esta prohibía que los hombres del Rey formaran tribunales y juzgaran, cobrasen tributos y ocupasen terrenos. Las funciones reseñadas correspondían al señor feudal. El Estado, —la Corona en estos casos— se batía en retirada y el derecho consuetudinario florece en condiciones extraordinarias. El sistema se complicó. En algunos casos un Monarca era vasallo de otro Monarca. Tal era el caso de los Monarcas ingleses que eran vasallos del Rey de Francia por razón de sus tierras situadas en Aquitania.

El incremento de población, el desarrollo del comercio interno y externo, el aumento de la cultura, hicieron que los principales centros urbanos coleccionaran sus costumbres para la aprobación de aquellas. Así se obtenía la sanción real al derecho consuetudinario. Este se desarrolla en vertiginoso proceso en todas las villas y ciudades. Las cartas de fundación de unas y otras contenían la parte esencial de sus privilegios. Las más importantes eran objeto de copia para otras ciudades. A través de unas y otras se abrió la puerta para que el "*commune civitatis*" conquistase su autonomía y el reconocimiento de su potestad normativa. Todo ello se produce a partir del siglo X y los siguientes. El instituto arbitral aprovechó este hueco para lograr un desarrollo extraordinario.

Concurre aquí con el derecho consuetudinario ya aludido, otro factor normativo, cual es la legislación de las Comunidades —el Comune— que lleva el nombre de estatutos para diferenciarla de la ley, cuya promulgación corresponde a la instancia superior. *Statutum* nos dice Calasso se decía en el medioevo a la norma emitida por ciertos órganos especialmente facultados por un ordenamiento particular, que reconocía estar sometido a un poder superior (Medioevo del Diritto pág. 419).

Sus características pueden resumirse así: a) Tienen un valor particular; se agota dentro de los límites del ordenamiento en el que se insertan. La ley tiene, como es notorio, valor general por ser emanación de un ordenamiento universal (El Imperio); b) El estatuto presupone a la ley a la que queda subordinado, c) Se diferencia de la costumbre por ser aprobado por órganos comunales según el ordenamiento legal. La costumbre se crea y afirma en la realidad de la vida "*rebus ipsis et factis*".

Los estatutos reflejaron en su texto las vicisitudes de la vida ciudadana. Los problemas políticos y los sociales marcaron su impronta sobre ellos. En ocasiones la inestabilidad de los mismos fue muy marcada y reflejaba las ideas parciales del sector de población que estuviere en el poder municipal. La sabiduría popular creó algunos dichos picantes, como "legge di Verona dura da terza a nona"; otro dicho similar fue el "legge fiorentina fatta la sera e guasta la mattina". De mayor porte cual corresponde a su profundo espíritu y alta calidad literaria es la censura del Alighieri al decir: "fai tanto sottili provvedimenti, ch'a mezzo novembre non giunge quel che tu d'ottobre fili". (Purgatorio VI, 142/144).

Al lado de los estatutos de las ciudades surgieron a la vida los de las Corporaciones de Mercaderes, que debían ser aprobadas por aquellas.

Todas estas formas nuevas de poder, reclamaron de los Monarcas o Señores feudales ser habilitadas para ejercer su propia justicia. Las Cartas señoriales o Reales de fundación de ciudades y villas así lo concedieron. Surgieron así numerosas jurisdicciones a las que hubo que agregar las de las ferias y mercados.

Se empleó la denominación de arbitraje, aunque aquí hay que reconocer que se trata de una propia y verdadera jurisdicción que además era obligatoriamente impuesta a todas las personas sujetas al estatuto correspondiente.

La razón de la denominación se funda sin embargo en un hecho cierto. Las partes podían elegir el Juez sobrepasando el rigor del sistema del Tribunal público obligatorio, además tal Juez podía aplicar un derecho distinto del establecido en los Cuadernos o Repertorios de costumbres.

Las sentencias EN estos "arbitrajes" eran ejecutivas. De ello, y por analogía se pensó que la resolución de los arbitros en virtud de arbitraje "ex compromisso", debía ser también ejecutoria. La doctrina de los canonistas vino a coincidir en esta solución cuando las partes hubieren convenido bajo juramento en ejecutar la sentencia. La razón aducida fue la de ver en el arbitraje contractual una función asimilable a la jurisdiccional.

En el campo del arbitraje convencional la influyente y razonada doctrina de los canonistas unificó a todos los contratos en materia de "bona fides". No hubo ya lugar a las distinciones romanas. El principio básico de "pacta sunt servanda" obligaba a ejecutar toda clase de contratos, y se inserta en el derecho de los mismos; las ideas morales especialmente promovidas por la Iglesia como las de "Caritas" y "Conciliatio" fueron dos instrumentos fundamentales que encauzan la actitud de las partes. Ello lleva a superar el estadio del derecho estricto, y a juzgar según equidad y a restablecer la armonía entre las partes. Se transforma así la noción del tercero que completa un contrato. Se le llama "arbitrator", se

amplia su competencia, se le señala la misión de elaborar una especie de transacción. El "arbitrator" fue llamado algunas veces "amicabilis compositor" por esta razón.

El instrumento esencial para el cumplimiento de su misión fue la "aequitas" que resolvía la controversia en lugar de resolverla por la aplicación del derecho estricto.

La amigable composición puede haber encontrado precedentes en la práctica del derecho consuetudinario enraizadas en los pueblos de ley romana, y en los sujetos a las leyes germánicas.

La coexistencia del arbitraje jurisdiccional (regulado en los estatutos de las villas, y desarrollado por la obra de los glosadores) y del arbitraje contractual, viene documentada en la afirmación "arbitrium est introductum ad similitudinem iudiciorum, sed arbitratus ad similitudinem contractuum".

Lo que importa subrayar es que la quintaesencia del arbitraje está constituido por un principio inmanente que puede enunciarse así. La desconfianza respecto del derecho positivo. El "arbiter" o el "arbitrator" respectivamente siguen métodos distintos a los usados por los Tribunales reales o señoriales. En el arbitraje jurisdiccional se aplica un derecho distinto del contenido en las compilaciones de costumbres tradicionales. En el arbitraje cumplido por el arbitrator, figura tomada del Derecho Romano, pero amplificada por la doctrina de los canonistas, lo que se pretende es terminar un litigio por medio de una transacción ("Idem est notandum quod sententia arbitratorum est quaedam transactio" (Petrus Jacobus a Monte Pessulane) (6).

Merece notarse que al amigable componedor gradualmente, se le fue permitiendo resolver el litigio y así se terminó por confundirlo con el arbitro "ex compromisso". La práctica se orientó por esta vía y la elaboración de cláusulas para resolver la controversia como "arbiter vel arbitrator", "arbiter seu amicabilis compositor", abrió la vía a la ampliación de facultades del tercero encargado de resolver la controversia. Por otra parte los estatutos de las villas y ciudades no distinguieron entre las sentencias de unos y otros a los efectos de su ejecución.

Como dato importante y contrario al precedente romano merece citarse que se instituyó un recurso contra la sentencia del arbitrator. La sentencia puede ser anulada si es contraria a la equidad esto es sí es "iniqua". No es anulable si sólo era contraria al derecho, esto es "injusta". Los recursos contra las resoluciones de los arbitros se denominaban "appellatio"; los interpuestos contra los amigables se denominaban "reductio ad arbitrium boni viri".

Las ferias y mercados fueron otras realidades institucionales que aceleraron la difu-

sión del arbitraje. La confluencia de personas sujetas a diversos estatutos, la seguridad del tráfico, y la necesidad de una justicia especialmente atenta a los principios y necesidades de la actividad mercantil produjeron como consecuencia numerosas disposiciones organizadoras del arbitraje. Incluso los estatutos de las villas recogían con carácter permanente esta vía de resolución de controversias entre mercaderes, que en vano buscaron dentro del derecho feudal la solución de sus litigios comerciales. Los estatutos de Urbina declaraban, entre otros casos, obligatorio el recurso al arbitraje en cuestiones "inter mercatores et artifices super eorum mercantiis et artificiis et conexis... Item inter consortes seu socios".

El arbitraje jurisdiccional, como sistema rápido de resolución de controversias se vió beneficiado al producirse, merced a la labor de los glosadores, la introducción en el proceso de las reglas romano canónicas que desplazaron a las rudas fórmulas del derecho feudal. El derecho común obra en gran parte de la Glosa y del renacimiento de los estudios de Derecho Romano en las escuelas jurídicas, produjo la conmixtion de ambos sistemas jurídicos y suplió los inconvenientes derivados de la ausencia o debilidad del poder central. Todo ello se produce en Italia a partir del siglo XII.

La libertad procesal del árbitro se proclama al decir que debe juzgar "summarie, de plano, sine strepitu et figura iudicii sola facti veritate inspecta (Estatutos de Pésaro 1530. II. 2). Es oportuna la observación de Bartolo a esta regla cuando dice que la expresión "sine figura iudicii" no puede ni quiere significar "sine iudicio", esto es proclamando la arbitrariedad como método a seguir.

En cuanto al arbitraje contractual el "arbitrator" no estaba obligado a "servare iuris ordinem" y estaba libre de la aplicación de los principios jurídicos y juzgaba "ex bono et aequo". Este fué —como antes indicamos el estado final de la curva trazada durante el arco de tiempo considerado por esta institución".

Sección V. Las Edades Moderna y Contemporánea.

A) La atención prestada a las vicisitudes de la institución arbitral y a los conceptos resultantes contenida en las páginas anteriores nos permite esquematizar la información relativa a estas Edades, del siguiente modo.

a) La influencia del derecho común y de la Glosa extendieron el régimen del arbitraje por toda Europa. Las dos formas reseñadas del mismo fueron aplicadas por lo que se ha llamado el Antiguo Régimen. Las investigaciones actuales no pueden eliminar la conmixtion entre ambas fórmulas arbitrales que en el orden de la práctica se había producido.

b) Los Monarcas reinantes eran por regla general favorables al arbitraje. Los organismos judiciales se orientan hacia el establecimiento de controles sobre las sentencias arbitrales.

c) El arbitraje se libera de toda clase de adherencias insertas por exigencias del Derecho obsoleto. Se suprime la necesidad de la cláusula penal como anexo necesario del compromiso; pero se le atribuye un valor de exoneración del deber de cumplimiento de la sentencia, lo que puede hacer libremente cada parte por revocación de aquella, salvo si se insertase una cláusula "rato manente pacto" obligándose a pagar la pena. El recurso contra esta exige pagar la pena previamente como requisito de interposición.

d) Los tribunales intentan convertir el arbitraje en la primera instancia de u proceso, del que ellos son las instancias superiores. Por una u otra razón la Corona impuso a los árbitros y amigables compondores la obligación de depositar la sentencia arbitral en el registro de un Tribunal o ante Notario a fin de dar fecha auténtica a aquella. La ley obligaba a pronunciarla bajo pena de nulidad en un plazo determinado. Con motivo de este depósito los Tribunales, sin entrar en el fondo de la controversia, comprobaban y declaraban su validez confiriéndole fuerza ejecutiva como una sentencia judicial.

B) La revolución francesa cambió de arriba a abajo todo este sistema. Mientras se trató de eliminar al Derecho del Antiguo Régimen, absorta en la noción de la voluntad como fuente de todas las obligaciones y contratos, se consideró favorablemente al arbitraje y se garantizó al libre acceso al mismo. La Constitución de 1791 (artículo 86) y la del año III (artículo 210) así lo declararon. La Constitución de 1793 suprime los jueces profesionales y los sustituye por árbitros públicos elegidos anualmente por las asambleas electorales.

La consecuencia fué que el arbitraje resultó obligatorio y por tanto se jurisdiccionalizó, se convirtió en la primera instancia de los procesos. La reacción motivada contra aquellas medidas que quisieron suprimir a los Tribunales de Justicia incluyó en su censura al arbitraje obligatorio y al contractual. Hobo otra razón, El derecho vigente no era ya el del Antiguo Régimen, sino el nuevo Derecho de la Revolución que exigía respeto y acatamiento. Toda institución que orillase el Derecho nuevo debía ser suprimida. El efecto "boomerang" tantas veces producido en la historia, estaba generándose. El arbitraje obligario se redujo a pocas materias y se propuso la supresión del arbitraje voluntario. El intento fracasó gracias a un voto del Consejo de Ancianos. No obstante el espíritu de la época conservó su hostilidad y cuando se promulgó el "Code de Procedure Civile de 1806", lo reguló de un modo dificultoso y complicado, traducción de un espíritu hostil (7).

Llegamos a la Codificación. Notoriamente los expuestos criterios y sentimientos continuaron. Aún más se potenciaron. El hecho de la formación de Códigos exacerbó la

identificación entre Derecho y Ley. De aquí se pasó a confundir el Derecho con el Estado. Esta idea es una premonición de las doctrinas políticas posteriores propias del socialismo marxista y otros extremismos políticos.

Las consecuencias de este razonamiento llevan a dos afirmaciones. a) El Estado tiene el derecho de juzgar a los ciudadanos, que se califica de exclusivo e inviolable; b) Todo lo que opone a aquel principio debe ser excluido. El arbitraje es un método de arrebatar su legítima competencia a los Tribunales de Justicia. En la cumbre de esta línea de pensamiento el Tribunal de Casación francés, rompiendo su anterior jurisprudencia declaró en 10.7.1843 la nulidad de la cláusula arbitral. La razón se encontró en el hecho de que la cláusula inserta en un contrato, se refiere a litigios futuros que pueden existir, y puede no contener la designación de los arbitros. Ello requiere "defender a los ciudadanos contra su propia irreflexión que les pudiera llevar a suscribir con gran ligereza e imprevisión pactos de arbitrajes futuros, sin tener la certeza de tener por jueces voluntarios a personas capaces y dignas".

La generalización en que se apoya tal razonamiento hizo que la fórmula tuviera que reducirse. La primera reafirmación —por vía jurisprudencial— fué la de afirmar que la prohibición expuesta no jugaba en el comercio internacional y que por tanto en esta esfera la cláusula arbitral era válida. La presión de los grupos de comerciantes llevó a la segunda rectificación concretada en la Ley de 31.XII.1925, por la que se reconoció la validez de la cláusula arbitral en materia mercantil en el derecho interno. En todo lo demás sigue siendo nula. Así consta en el artículo 2061 del Code Civil en su texto reformado según la ley de 3 de Julio de 1972. Solo es posible el compromiso.

Detengo aquí la exposición histórica intentada como una pequeña teoría general de la institución arbitral, formulada desde un punto de vista histórica que tiene en cuenta las fuerzas espirituales, filosóficas, políticas, económicas y jurídicas que han contribuido al desarrollo que esta institución ha tenido hasta nuestros días. El curso de las ideas ha sido con frecuencia recurrente y

Las claves de identificación señaladas en cada época pueden servir para conocer si en el momento actual se producen los mismos fenómenos. En cuanto a la evolución en la Edad Moderna y en la Contemporánea, la síntesis expuesta permite encuadrar el examen de la evolución legislativa del arbitraje en cualquier país, no obstante, también la investigación histórica tiene su puesto en los análisis de algunos sistemas jurídicos que a continuación se hacen.

Quiero terminar este capítulo con una conclusión. Hoy como es notorio estamos en el polo opuesto de la posición negativista asumida por la Codificación. El arbitraje ha

reconquistado un terreno propio en el campo internacional. Esto es consecuencia de un factor que se desarrolla a mayor escala que en otras Edades, y con otros medios y que es productor de riqueza, de entendimiento y de cultura. Me refiero al comercio internacional siempre que en la práctica del mismo se guarden aquellos principios morales y jurídicos que un jurista romano mostraba como la quinta esencia del derecho "Honeste vivere; alterum non laedere, ius suum euique tribuere".

Notas a las Secciones IV y V

(1) Calasso: *Medioevo del Diritto*, pág. 83. Giuffrè. Milan. 1954. "El viejo derecho clásico vinculado a tradiciones y tendencias nacionales había experimentado una transformación excepcional". La Compilación no sólo contenía las leyes, también comprendía los "iura" o dictámenes de los jurisconsultos que posteriormente enseñaran a las nuevas generaciones, transformando en Ciencia del Derecho lo que hasta entonces fué modesta práctica judicial. Autor citado: págs. 83/84 de la misma obra.

(2) Sólo Italia quedó inicialmente sujeta al derecho de Justiniano en el Occidente romanizado. Las demás "provinciae" bajo el poder de las tropas bárbaras federadas en principio con Roma y luego alzadas contra ella continuaron siendo tierras de derecho teodosiano.

la proclamación como reinos independientes de los territorios ocupados por los pueblos bárbaros, hasta entonces "milites foederati", marca el fin del Imperio. Eurico y Chilperico dan este importante giro a la historia de Occidente. Vide. Calasso, pág. 83 nota 3. Era el final del Imperio de Occidente.

(3) Conviene aquí referirnos a dos hechos esenciales que nos sirven de puente hacia el periodo histórico subsiguiente: y que pueden resumirse como sigue:

a) En la primavera del año 578 sobreviene la invasión de los longobardos que se apoderan de una parte de Italia. Se inicia una era de violencia. Comienza el Medioevo aquí y un enorme proceso de invasiones de pueblos. Este choque es resuelto por el Derecho Romano con una extraña capacidad que le lleva a ser luz y guía de los nuevos Reinos. La penetración de aquel pueblo germánico a punta de espada y lanza produce dos resultados inmediatos. De una parte se rompe la unidad de Italia. Se cortan los lazos con el Imperio de Oriente. Los ideales de la época de Teodorico son borrados sangrientamente. Sólo trece siglos después obtuvo Italia el don de recuperar su unidad.

De otra parte deja de tener aplicación absoluta al *Corpus iuris civilis*. Los invasores tienen sus propias costumbres. Unos sesenta y cinco años después Rotario siente la necesidad de codificarlas por medio de un Edicto. Se llama a sí mismo, "Rex gentis langobardorum". Las poblaciones romanas vencidas quedan en la oscuridad. Más la sorpresa se alza cuando se consulta el texto de aquellas. Entre las fuentes está el Código teodosiano y las leyes que los reyes bárbaros de Occidente dieron a sus pueblos están profundamente influenciadas por el derecho de Roma.

Junto a un acusado espíritu germánico, existen nociones romanas de gran importancia. Un fenómeno histórico se repite. La doctrina de la personalidad de las leyes conserva a cada pueblo las suyas, pero no puede eludir que en el orden de las ideas primero y luego en dos textos positivos impere la ley de los vencidos militarmente.

Las poblaciones romanas aplican su propio derecho. Las rudas costumbres germanas se van suavizando, las relaciones de negocios entre personas de una y otra ley se incrementan, se acelera la fusión étnica. Ello lleva al olvido de las leyes y costumbres antiguas de los germanos. Algó esta cambiando en la sociedad. En el año 727 la calidad de la ley romana es conocida. El derecho romano adquiere una paridad de vigencia con el derecho longobardo. Liutprando, rey de los longobardos, permite en el Edicto de 727, que las partes en un contrato, puedan cambiar de ley, de común acuerdo. Aquí esta herido de muerte el sistema de personalidad de las leyes (capítulo 91; de scribis).

Este principio de poder cambiar de ley con gran facilidad, produjo que las partes ignorasen prácticamente el derecho por el que el contrato iba a regirse; lo que quedaba al arbitrio del escriba. A partir del siglo XI los documentos se refieren no a una ley sino a las "consuetudines loci" y luego cuando se ha generalizado la creación de ciudades se refieren a la "consuetudo civitatis", y a la "consuetudo regionis o provinciae". El término costumbre implica una toma de conciencia del pueblo en la libre elección de normas, y en su adaptación a las nuevas necesidades. Ello se expresa por los notarios de la época al referirse a la "consuetudo legis nostrae Romanorum". Este derecho consuetudinario es a su vez objeto de recopilaciones, unas veces por iniciativa pública, otras por iniciativa privada. En esta evolución los principios relativos al arbitraje según la ley romana mostraron una acrecida vitalidad.

b) El segundo dato a que quiero hacer referencia es que la dominación longobarda es destruida por Carlomagno en el año 794 aunque el reino vencido conserva sus leyes y autonomía, cambia de dinastía. Renace la idea del Imperio Romano y Carlomagno es coronado Emperador en el año 800 en la noche de Navidad por el Papa León III.

La idea del "Sacrum Imperium" llevaba a idear una sola ley para todos los pueblos. Muerto Carlomagno surgen las luchas entre el Papado y el Imperio. El Concordato de Worms en 1122, representó la inteligencia entre ambos poderes. Llegamos al renacimiento jurídico. El Digesto era citado antes del siglo XII. De ello son ejemplos dos obras; las "Exceptiones legum romanorum Petri" y el "Brachylogus iuris civilis". Por fin la constitución de Conrado II, ordena a los jueces de Roma, que en los casos en los que se dudara de cuál era la ley aplicable la longobarda o la romana, se aplicara siempre esta última. La Iglesia en una extraordinaria labor introdujo unos principios éticos ajenos a la ley bárbara.

Sostuvo que las leyes humanas no son fines en sí mismas y que a su lado se encuentran las leyes que afectan a la conciencia. Es la doctrina de la "utraque lex" que se perfila. Se acepta a su lado como "lex mundana" a la lex romana, por sus calidades notorias. La lex romana pasa así de una situación de lex personal -lex romanorum- al nivel del "unum ius" del Imperio universal.

Estamos en el siglo XII. El derecho de Roma unas veces soterrado y otras veces en la superficie, ha resistido en las tierras de Occidente a todas las fuerzas contrarias; ha sobrevivido a las épocas oscuras, y ahora frente al siglo XIII, demuestra el poder de sus concepciones -el arbitraje viene entre ellas- y afrontó un período de extraordinaria importancia.

- (4) Pertile. Storia del diritto italiano. Utet. Tomo VI 1899. Citado por Lydia Garetto. Novissimo Digesto italiano. Vor. Arbitro e Arbitratore pág. 923.
- (5) Leicht Storia del Diritto italiano. Diritto Pubbico Milan 1940. Pág. 97. Citado por Lydia Garetto.
- (6) David; obra cit pag. 122.
- (7) Así opina David: ob. cit. pág. 127.

Sección VI. La evolución del derecho italiano en la Edad Contemporánea.

A) Entiendo que un apunte sobre la evolución del derecho europeo en la Edad Contemporánea no quedaría completo sin dedicar algún análisis al derecho italiano. Tantas veces nos hemos referido a la evolución del Derecho en la península italiana que no puede desconocerse la lógica del sistema expositivo que me impulsa a completarlo del modo siguiente:

a) Simplificando datos puede decirse que con carácter general el derecho italiano siguió el proceso evolutivo del derecho francés en el siglo XIX.

La concepción jurisdiccional del arbitraje prevaleció. Las dos formas de arbitraje (arbitrato y amichevole componimento) se regulan en el Codice di Procedura Civile de 1865. El laudo para ser eficaz debía inscribirse en el registro de la Pretura dentro del plazo de 5 días.

b) Alguna nota ajena a esta visión procesalista aparece en su régimen. Así los arbitros, incluso cuando no son amigables componedores, gozan de libertad para regular el procedimiento arbitral, siempre que respeten las reglas que las partes pudieran haber establecido.

c) El Codice Civile de 1865 reguló con independencia de las dos instituciones arbitrales comprendidas en el Código Procesal a una tercera institución (arbitraggio) incorporada al Derecho contractual. Por ella se proveía a la definición por un tercero de algunos puntos que quedaron sin definir en un acuerdo convenido por las partes.

B) Esta posición institucional situada en la línea del Código francés y dentro de las coordenadas teóricas originadas en el siglo XIX, sufre una importante modificación en 1942. En este momento un nuevo Código procesal es promulgado.

La reforma tienen sus luces y sus sombras. Al lado de datos realmente positivos (el reconocimiento de la cláusula arbitral y otros extremos relativos al régimen de recursos contra el laudo arbitral), otros datos merecen un juicio menos favorable.

La teoría de que el arbitraje es una mera institución procesal, se mezcla con la filosofía política de la época. Los arbitros son calificados de funcionarios públicos; han de ser italianos y la sede arbitral debe estar en territorio italiano, si se trata de controversia que pudieran conocer los tribunales del país. Todo ello revela un espíritu poco abierto a las posibilidades del arbitraje internacional.

Se reconocen dos formas de arbitraje; el que se ajusta a las normas de Derecho y

el que se realiza según la equidad. Pero los arbitrajes son instituciones sometidas a tutela. Los árbitros no dictan sentencia sino sólo una opinión (lodo) y esta para ser ejecutiva necesita de la aprobación —"decreto di essecutorieta"— del Pretor.

Las necesidades de la práctica y las consecuencias del análisis doctrinal, no quedaban satisfechas. Había además una dificultad adicional. Bajo pena de nulidad los laudos debían presentarse dentro de un plazo de cinco días, en el Registro de actuaciones procesales de la Pretura, a los efectos de su inscripción.

Las consecuencias de este sistema no eran sólo las apuntadas, sino otras fiscales de gran importancia. La exacción de pesados derechos de registro era otro inconveniente unido a la pérdida del secreto o privación de que normalmente eran garantizados por el arbitraje.

Ante este bloqueo legal la respuesta de la praxis italiana fué fulgurante. Había que buscar un nuevo sendero. La Historia, como en tantas ocasiones, abrió el arca de sus soluciones. El pensamiento de los siglos XII y XIII había ampliado las facultades concedidas al antiguo "arbitrator" luego "amicabilis compositor" para concertar entre las partes una transacción. Posteriormente la institución citada se jurisdiccionalizó y fué una variante del arbitraje "ex compromiso". Esta consecuencia debía evitarse. Había que volver al viejo "iter histórico" de la institución y plantear que el árbitro no debía pronunciar una sentencia, sino hacer un nuevo contrato. De esta manera se traspasaba la frontera procesal, donde el arbitraje de derecho y el amigable componedor quiso encerrarse, y se penetraba profundamente en el régimen de las obligaciones y contratos, donde se incardina la libertad de las partes (1).

La vieja visión contractual tomaba nueva vida. La idea de la transacción como resolución arbitral tomaba nuevo impulso. La renuncia al "strepitu et figura iudicii" hacía caer todas las dificultades institucionales apuntadas. Surgió así la noción de un arbitraje libre, no procesal y atípico (arbitrato libero, irrituale, e impropio) en el que el arbitro o el amigable componedor (término excluido del Codice Civile y ahora resucitado) era un "arbitrator que fijaban las estructuras de una transacción.

La solución fue admitida por la doctrina y la jurisprudencia bajo la vigencia del Código Civil de 1865 (2). Se institucionalizaron por el Codice civile de 1942 cuyo artículo 1349 —que estudiamos en otra parte de esta obra— admite que las partes remitan a un tercero la determinación de la prestación que constituye el objeto del contrato. Este tercero puede operar según acuerden las partes con un poder discrecional (mero arbitrio) o cuando esto no se pactase debía "procedere con equo apprezzamento" (3).

Hay aquí —según la opinión de ilustres juristas— una consecuencia innegable. El

campo del "arbitraggio" es decir de la intervención de un tercero para fijar el precio de la compraventa a merced del arrendamiento o el valor de la participación societaria ha sido ampliado.

La difusión en Italia del arbitrato libero ha sido extraordinaria. Es especialmente usado en las relaciones internas de los asociados de grupos comerciales. Asimismo se usa en las relaciones de comercio internacional.

Por esta vía las partes obtienen un contrato —un nuevo pacto— que regula sus cuestiones litigiosas, quizá no previstas inicialmente y las convierte en materia objeto de cláusulas específicas del nuevo pacto. Se produce así un efecto purificador de la relación jurídica que es completada o modificada. (4). La exposición del derecho italiano vigente se hace en otro capítulo.

Notas a las Sección VI

- (1) Se recomenzaba así el proceso cumplido en los siglos XII y XIII. Se pedía al arbitro un contrato en vez de una sentencia. Se trataba de obtener un "arbitramentum" y no un "arbitrium". Así se expresa David (ob. cit.: pág. 132).
- (2) Había sido admitida en doctrina y jurisprudencia anteriormente, pero no por ley positiva.
- (3) El arbitraggio del artículo 1349 servía para completar un contrato, pero se dudaba si podía extenderse a la resolución de una controversia jurídica, lo que constituye el supuesto de la aplicación del "arbitrato" regulado por el Código de procedimientos. La doctrina y la jurisprudencia contestaron afirmativamente. No había razón para oponerse.
- (4) El arbitraje "irrituale" se ha empleado mucho en las asociaciones comerciales. No es como se ha dicho un fenómeno extrajurídico sino extraprocesal. Su eficacia descansa en la lealtad de las partes; también en cierta medida en los medios de presión de las asociaciones comerciales en cuyo interior se desarrolla. La resolución en el arbitrato libero no es una sentencia, sino un contrato cuya ejecución puede pedirse ante los Tribunales por la vía común.

Sección VII. Algunas observaciones sobre el arbitraje en el Derecho Inglés.

Después de haber seguido la trayectoria histórica de la institución arbitral en el continente europeo, entiendo conveniente a los fines perseguidos en este Capítulo, entender el análisis al derecho de Inglaterra. El arbitraje existió en estas islas desde épocas arcaicas. Las viejas costumbres sajonas se refieren al mismo. Las oleadas de pueblos que ocuparon las tierras inglesas aportaron su cultura y con ella su derecho y dentro de este su concepción del arbitraje.

Intentaremos nuestra aproximación a tan importante tema del modo siguiente.

A) "Distinguiremos de una parte el arbitraje según la "common law" del arbitraje según la ley o "statutory arbitration".

El concepto de "common law" tiene dos acepciones. La primera histórica; la segunda actual.

A lo largo de la historia la "common law" es el derecho que se aplica a todo el territorio. Su origen es fundamentalmente consuetudinario, aunque existían algunos preceptos promulgados por los reyes anglosajones. En los tiempos de la conquista normanda cada uno de estos reinos tenía su propio régimen; la ley no era uniforme. En el nordeste los "vikings" impusieron la ley danesa. Cada reino tenía su compilación de costumbres y preceptos.

Ni Guillermo I ni sus sucesores intentaron suprimir el derecho antiguo. El proceso de unificación duró dos siglos, y se realizó por medio de la concentración del poder en la persona del Rey y la creación de tribunales que en nombre de aquel, fijaron, depuraron y unificaron el antiguo derecho consuetudinario, que así resultó aplicable en todo el territorio nacional. Estos Tribunales reales desplazaron, tanto las antiguas cortes sajonas, como a las formadas por los barones normandos (cortes señoriales o feudales). El Tribunal real o Curia Regis (King's Court), que acompañaba al Rey en sus desplazamientos por todo el reino, los Justicias itinerantes que, auxiliados por un jurado, descubrían y aplicaban las costumbres locales, y el establecimiento en Londres, con carácter permanente, de tres tribunales, para la administración de justicia, fueron los eficaces instrumentos de esta reforma.

B) Las "Courts of common law" eran tres. Dejando aparte las que tenían competencia sobre cuestiones relativas a las rentas reales, luego ampliadas a las cuestiones económicas entre los propios súbditos (Court of Exchequer) y la Court of Common Pleas" que atendía a la aplicación de la Magna Carta y que sustituyó a las funciones de las Justicias itinerantes en materias que no afectaban a los intereses de la Corona, debemos centrar nuestra

atención en la Court of King's Bench o Tribunal del banco real, así llamada por asistir el Rey a las reuniones del mismo, sentándose con sus jueces "in banco", para entender de los casos presentados. Tenía competencia en materia civil y criminal y controlaba las actividades de los tribunales o cortes inferiores.

La función de las Justicias itinerantes, y de estas tres Cortes de "Common Law" llevaron a un proceso de selección y síntesis del antiguo derecho consuetudinario y a la formulación de nuevos principios legales aplicables en todo el territorio. Así se formó la ley de todo el reino. He aquí la "common law" que en opinión de un ilustre jurista inglés no fue un gran proyecto concebido de una vez, sino un edificio construido por un ladrillo puesto cada vez y fundado en la realidad de cada caso (1).

C) En la actualidad el concepto ha perdido el sentido de ley aplicable a todo el Reino Unido, y representa sólo una parte de la Ley inglesa, constituida por el conjunto de los principios formulados y aplicados en las antiguas Cortes de "Common Law" que existieron hasta entrada en vigor de las Leyes de reforma judicial de 1873/75.

También se emplea la expresión "common law" para referirse actualmente al derecho creado por los jueces, distinguiéndoles del creado por el Parlamento. Se opone así la "case law" al "statute law". Otras veces se distingue entre "common law" y "equity". Esta clase de derecho es producida también por los jueces. Se distingue de la "common law" en sus principios y origen. Fué creada por el Tribunal de la Cancillería Real, para corregir los defectos de la "common law" y suavizar su excesivo formalismo y el carácter estricto de su aplicación. Las leyes de reforma judicial, antes citadas incluyeron las antiguas Cortes de "Common Law" y el Tribunal de la Cancillería en la "Supreme Court of Judicature". Pero diré que esta unificación no ha borrado sus diferencias esenciales. La Chancery Division de la High Court desarrolla una labor que prácticamente es la misma que tenía asignada el antiguo Tribunal de la Cancillería Real. Tiene sus propios jueces y las cuestiones en las que entiende y los procedimientos por las que se sustancian, continúan siendo peculiares, y diferentes de los tribunales que aplican la "common law". Importa señalar que el viejo principio según el cual en caso de conflicto entre las reglas de la "common law" y la "equity" deben prevalecer las de esta, ha sido recogido por la ley inglesa positiva. Las leyes de 1925 y de 1981 sobre la Supreme Court así lo establecen.

D) El arbitraje según la common law fue una realidad social y jurídica (2). No existe ninguna exposición completa sobre sus condiciones antes del siglo XVII. (3).

La primera noticia judicial es la sentencia del "Vynior's case" que estableció en 1609 estas dos reglas. Que los arbitros no son jueces, sino representantes de las partes y que por ello pueden ser revocados. Si el que revoca ha prometido, bajo ciertas formas,

pagar una suma si no respetase el compromiso, esta estipulación es válida. La sentencia levanta en nuestro ánimo fuertes recuerdos referidos al derecho romano primitivo que hemos examinado antes.

La situación expuesta se complicó con la promulgación de la ley contra las cláusulas penales ("statute against fines") de 1682 que negó toda eficacia a aquella. Se podía hacer una estimación "a forfait" de los daños que pueden seguirse del incumplimiento de un convenio, y ello puede constar en una cláusula del mismo (se habla en tal caso de "liquidated damages"), pero no se puede estipular el pago de una pena que no tiene relación con el perjuicio sufrido por razón de la inejecución de aquel. Se trataba de una ampliación de un principio contenido en la "equity". El principio es justo; pero dejó al aire el compromiso. Las partes podían incumplirlo sin arriesgar nada. La razón del precepto podía estar en la gravedad e injusticia de las cláusulas penales y en una estimación reductora del valor jurídico del compromiso que daba lugar a tales excesos.

El curso trabajoso de la institución continuó su camino. El centro de la polémica continuó siendo la posibilidad de revocar a los árbitros. Dicho de otro modo más claro, la posibilidad de incumplir el convenio arbitral. No parecía justo tampoco, que una parte pudiera dejar de cumplir un convenio, sin justificación ni responsabilidad alguna. La solución se creyó encontrar sometiendo a la Corte el compromiso, a fin de que lo homologase. Convertido este en decisión de la Corte (rule of the court), quien se negase a cumplirlo unilateralmente incurría en "menosprecio" del Tribunal (contempt of the court) con las consecuencias penales correspondientes. Esta solución establecida por una ley de 1698, se completó por otra de 1833 que declaró que en tales casos aunque existiera revocación podían los árbitros dictar una sentencia válida. Tras un siglo y medio el sistema se perfeccionó. La verdad es que este arbitraje sujeto previamente a homologación judicial, era una contradicción consigo mismo. La esencia del arbitraje es precisamente lo contrario pues se trata de resolver controversias sin acudir a los Tribunales.

Otra solución vino de la Common Law Procedure Act de 1854 que permitía oponer la excepción de arbitraje en cualquier procedimiento judicial incoado en contra del convenio arbitral, y permitía al tribunal, en ciertos casos, organizar el arbitraje. Se afirma por algunos autores que esta reforma sufrió una interpretación literal de sentido reductor y que no satisfizo las esperanzas en ella depositadas.

E) Llegamos al fin de esta evolución. Una resolución de la Cámara de los Lores en 1856 (case Scott v. Avery) pareció abrir una nueva vía de robustecimiento de la eficacia de la cláusula arbitral. Se declaró que esta es distinta del contrato principal que vincula a las partes, y que una de las partes no puede revocarla por sí sola. Quien lo hubiere concertado no puede acudir ante los tribunales para pedir resuelvan la controversia. Cuando un

convenio arbitral ha sido estipulado, su cumplimiento constituye una "condición precedente" al ejercicio de toda acción en justicia.

Algún jurista continental ha lamentado que este texto permitiera a las Cortes inglesas poner tan complicadas condiciones y establecer tan sùtiles distinciones que destruyen toda seguridad jurídica. Se puede ver aquí que arde un fuego hostil al arbitraje. Los jueces ingleses consideraron que esta es una "maléfica institución" que se propone la evicción de los Tribunales ordinarios que son "los oráculos de la justicia, y los guardianes del derecho". Por ello no se debe favorecer tal práctica (4).

Estamos aquí ante la misma tormenta desarrollada en el siglo XIX y que estudiamos antes al tratar del derecho continental en la últimas edades. Hasta estas fechas el arbitraje se ha considerado tanto en las islas como en el continente como una institución contractual. Su resolución no era una sentencia; no tenía por fin pronunciar el derecho sino dar una solución equitativa. Se podían reconstruir (novación) los vínculos entre las partes. Ello hacía que se les reconociera a los arbitros un poder discrecional. El laudo tenía naturaleza contractual. Para ejecutarlo había que recurrir ante los Tribunales. No existía recurso.

F) Las ideas y las cosas irían por otras sendas. Hasta este momento el derecho sustantivo era muy escaso e incierto. Las reglas existentes se referían al proceso y a los recursos. Todos los procedimientos, civiles y penales, requerían la presencia de un jurado. Esto implicaba la consideración detallada del caso, según razones de equidad lo que impedía la cristalización de las normas jurídicas. Pero el Jurado a partir del siglo XIX va desapareciendo. El derecho sobre el fondo aparece como encerrado en la ley positiva. El procedimiento debe servir al derecho. El arbitro donde se considere como juez, debe aplicar el derecho, es decir la ley positiva (5).

En tal caso el control de los órganos jurisdiccionales se centraba en la existencia de un convenio arbitral y en la tramitación leal y equilibrada del procedimiento. El error en derecho no será motivo de anulación de la sentencia, salvo que fuere manifiesto, esto es que resultase patentemente de la lectura de la sentencia. Este supuesto se ha evaporado, ya que los árbítrros ingleses se abstienen de motivar su sentencia.

G) El avance de las nuevas ideas afecta al arbitraje. Este conserva un carácter contractual pero sufre la influencia de las doctrinas que lo aproximan a la justicia de los Tribunales. El arbitraje ya sólo puede afectar a litigios que pueden plantearse ante los Tribunales. De aquí que el arbitro deba sentenciar siempre en Derecho.

La amigable composición no es por tanto un arbitraje según el derecho inglés. Se la considera una variedad de la transacción, en ocasiones un mero intento de conciliación.

El ejercicio de la facultad de revisar un contrato concedido a un tercero por las partes, no es un arbitraje, sino un mandato. Se trata de una especialidad del contrato de agencia (agency).

H) Llegamos a la última fase de este análisis. Vamos a tratar del arbitraje según la Ley (Statutory Arbitration).

Desde 1889 coexisten dos clases de arbitraje en Inglaterra. La diferencia de régimen puede producir que un arbitraje no fuera válido por no ser conforme a las reglas de la ley, pero puede alcanzar validez conforme a la common law. En este caso la sentencia es también susceptible de ejecución, pero no tiene los privilegios que en esta materia se conceden a las sentencias dictadas en la Statutory arbitration. La práctica revela que en general la sentencia arbitral, será eficaz según los dos sistemas. No obstante juristas experimentados aconsejan se presente en estos casos a ejecución la sentencia como fundada en la "common law" cuando se trata de arbitraje internacional. La razón es que esta clase de arbitraje tiene un aspecto contractual más acusado y en algunos países es más fácil obtener la ejecución si se presenta con tal carácter. Lo contrario puede decirse de la sentencia dictada por vía de la "statutory arbitration" cuyo carácter jurisdiccional plantea otros problemas.

Los principios del arbitraje de esta última clase son conocidos. La cláusula arbitral es válida y obligatoria, y para desligarse de la misma es necesario obtener autorización del Tribunal, lo que no es fácil ni corriente. La ley inglesa (Arbitration Act 1889) contenía dos disposiciones desafortunadas que perjudicaron a la institución del arbitraje.

La primera era la posibilidad de que los árbitros suspendiesen el procedimiento para consultar al Tribunal como debía resolverse la cuestión a ellos sometida. Este sistema definido como el "special case" o "case stated" fue muy criticado en el extranjero, y ha sido abolido en ley posterior. La segunda de las disposiciones citadas, establecía la facultad, y en algunos casos la obligación de los árbitros, de finalizar su misión sometiendo a la Corte los hechos establecidos y dos soluciones alternativas que pudieren pronunciarse en relación con aquellos. Este sistema está denominado "award stated in the form of a special case".

En cuanto al fondo del asunto, tanto en la "common law arbitration", como en la "statutory arbitration" el árbitro debe resolver conforme a derecho. Más la regla tiene sus matices, David nos dice que un convenio arbitral que "ostensiblemente" suprima este principio podría ser válido, pero arrastraría al convenio fuera del campo del arbitraje (6). Por otra parte es justo reconocer que al suprimir el sistema procesal del "case stated" antes considerado queda la regla que comentamos muy debilitada en cuanto a su aplicación (6).

Por la teoría de la compensación y conscientes de la pérdida de vigor del princi-

pio referido, la ley ha concedido un recurso motivado por el error de derecho que pudiera cometer el árbitro. Más la regulación de tal recurso parece reducir su eficacia de modo considerable. David nos dice que "en la mayoría de los casos los árbitros ingleses puede sin tener que temer una anulación de la sentencia, dar al litigio la solución que juzguen equitativa, y los comerciantes que recurren a ellos no esperan una aplicación estricta del derecho. No sería, sin embargo, un acto de buena política ni de buen gusto el destacarlo, una cierta hipocresía no desentonaría en un país en el que el derecho se ha desarrollado ampliamente utilizando ficciones legales" (7).

Terminaré diciendo que existe en Inglaterra el arbitraje judicial. Se origina cuando las partes confieren al juez la facultad de actuar como árbitro. No supone que el juez pueda resolver en equidad, pero va a tener libertad en la organización del procedimiento y en cuanto a las reglas de la prueba. En el concepto inglés el arbitraje supone siempre una cierta relajación del derecho. Esta es una nota característica importante.

Es oportuno hacer aquí la observación de que las cuestiones de hecho no pueden ser sometidas al arbitraje como única contenida de la controversia. Se habla en estos casos de "evaluation", "appraisal" o "certification". La diferencia no es fácil de captar en la práctica. El criterio más seguro consiste en determinar si el tercero ha sido escogido por razón de sus competencias técnicas, y por ello si puede resolver conforme a su experiencia sin tener que escuchar necesariamente a las partes y resolver como un juez. La jurisprudencia muy casuística, ofrece casos en los que una misma decisión, y en ciertas circunstancias, puede ser sentencia arbitral y peritación obligatoria. (Lord Esther, M. R. in re Dawdy and Hartcup (1885. 15. Q. B. D. 426,431)).

Notas a la Sección VII

- (1) Lord M. Cluskey. Law Justice and Democracy. Sweet and Maxwell. Londres 1987.
- (2) Las costumbres sajonas se refieren al mismo. Hay aquí un patrimonio arcaico de instituciones que revela que el arbitraje es una fórmula constante para la resolución de controversias. En antiguas edades, el derecho de las relaciones privadas es oscuro y escaso. Los jueces y tribunales pocos y lejanos. Sólo las costumbres y la equidad vividas y establecidas por los habitantes de una zona daban solución a los problemas de la vida diaria.
- (3) David cita como primera obra inglesa dedicada al arbitraje la de March titulada "Actions for Slander and Arbitraments" fechada en 1648 y publicada en 1674. Ob. cit. pág. 150. Nota 49.

(4) La práctica arbitral pretende "oust the jurisdiction of the Court" King's Bench Court. 1746. Kill v. Hollister. 2. Wilson K.B. 129. Aquí está formulada la proscripción del arbitraje.

(5) Esta cambiando en esta época el papel de la ley como fuente del Derecho. "A diferencia de lo que ocurre en otros países en los que la legislación es el tipo o forma normal de regla jurídica, en Inglaterra las leyes durante siglos se limitaron a regular materias de derecho público". (Kinder Geist, Patricia, Droit anglais L.C.D.J. 1989. pág.234). Como consecuencia de ellos las relaciones de derecho privado se regían por principios básicos aflorados a la luz del sentido común y la experiencia, y fundado en la "common law" y en la equidad.

La regla jurídica tradicional "remedies precede rights" expresa este punto de vista. Lo que importa es establecer un cauce procesal adecuado y lealmente dirigido. El fondo del asunto se rige por el sentido común y la experiencia del Juez que basa sus resoluciones en la "common law" y en la equidad.

La alteración producida en el siglo XIX hizo pasar a la ley de ser la fuente de Derecho menos importante a ocupar un puesto de primera fila que trasciende a la common law y a la equity. (Kinder Geist Patricia: obra cit: pág. 235).

(6) Ob cit. pág. 160.

(7) Ob cit. pág citada.

Sección VIII. Los Convenios Internacionales sobre el arbitraje comercial internacional.

A) Introducción general. Al examinar los textos de los Convenios sobre arbitraje puede apreciarse que su estructura consiste en un sistema de conceptos propios de derecho erigido en el centro de una sutil red de vinculaciones a otros ordenamientos jurídicos a los que coordina, selecciona y reforma.

Ello permite afirmar que el Estado que ratifica dichos Convenios, no sólo incorpora a su legislación, las normas contenidas expresamente en tales Convenios, sino que además se vincula o pone en relación con otros ordenamientos que van a influir en la toma de decisiones por parte de los árbitros y de sus Tribunales. Una consecuencia de ello es la emergencia del derecho extranjero ante el ordenamiento de tales países. Los convenios arbitrales y la ejecución de sentencias arbitrales —el principio y fin del arbitraje— son objeto funda-

mental de estos Convenios internacionales. La brevedad de los textos y el carácter esquemáticos de las formulaciones de conceptos en los Convenios requieren un cierto apoyo por parte de los derechos nacionales implicados.

Aquí intervienen otros sistemas jurídicos. Se han publicado numerosas leyes extranjeras que hacen referencia al arbitraje internacional. Ello produce el importante efecto de que la doctrina y la jurisprudencia de esos países, habrá de tenerse en cuenta. Esto implica también que el carácter internacional del arbitraje, se impregna del color o matiz que las legislaciones nacionales le atribuyen.

Hay que señalar que la regulación de los Convenios es esquemática. Sin embargo la concisión de los textos revela un potencial ideológico muy fuerte. La vía inductiva como aproximación a su filosofía produce desarrollos de la mayor importancia. Algunos de ellos se trasvasan a las leyes nacionales referidas; otras reglas de las mismas corresponden al espíritu o concepto del arbitraje internacional, que late en los más altos niveles de los círculos de profesores, magistrados y abogados de cada país. La jurisprudencia alcanza en algunos de ellos un rango verdaderamente admirable.

Los Convenios Internacionales no suelen regular el problema de la ley aplicable al fondo, es una excepción el Convenio de 1961 donde se proclama la libertad de las partes y caso de su silencio, se reconoce la potestad de los árbitros para aplicar la ley designada por la regla de conflicto que consideren más adecuada. La abierta admisión de las Instituciones administradoras del arbitraje ha abierto el camino a una evolución importante. El sistema de reglas de conflicto de las legislaciones civiles queda desprovisto de fuerza vinculante directa. El arbitro no es órgano de ningún Estado, carece por consiguiente de "lex fori". No está obligado a seguir un determinado sistema de normas de conflicto cuando se trata de cuestiones relativas al comercio internacional. Puede elegir la ley más apropiada con independencia de la sede del Tribunal arbitral. En cuanto al lugar todos los países constituyen foro abierto o disponible con algunas limitaciones.

B) Este mosaico de disposiciones que rigen el arbitraje internacional es constitutivo del fenómeno que llamo la emergencia del derecho extranjero. Quien contrata con una Empresa extranjera y pacta un arbitraje debe conocer las condiciones en que este puede desenvolverse y las posibilidades de ejecución de la sentencia que a su favor pueda obtener.

Pensando en el punto de vista del jurista español que arriba a la amplia playa del arbitraje internacional, he querido hacer una indagación acerca del derecho de los Convenios y del derecho extranjero relacionado con aquel que puede resultar aplicable a tres esenciales cuestiones del arbitraje. Se trata del convenio arbitral, del arbitraje de equidad,

y de la evolución de la idea de orden público. Estas tres nociones son consideradas a la luz de la doctrina, legislación y jurisprudencia de varios países y del derecho de los Convenios. Se contrastan metodológicamente con el sistema francés. De ello surge una doctrina y una síntesis positiva que considero útil.

Como antecedente del análisis de dichas tres cuestiones, procederé al estudio de los Convenios internacionales más importantes, de carácter multilateral,, sobre el arbitraje comercial internacional.

Sección IX. Los Convenios de Ginebra de 1923 y 1927.

A) Observaciones generales. Son las actas fundacionales del arbitraje internacional moderno. Formulan los principios considerados básicos par su desarrollo, especialmente en materia comercial.

Como todo texto inicial son incompletos; también tienen notorios aciertos. Cuando se pactó el primero de dichos Convenios se redujó al mínimo el "núcleo de hierro" que se imponía a los Estado contratantes. Predominó en tal caso la técnica de la remisión a diversas leyes nacionales.

El "corpus" internacional de normas es reducido. Estaba envuelto en el derecho positivo interno de cada Estado contratante. Esta ideología se traduce en su título "Protocolo relativo a las cláusulas arbitrales", que como suele ocurrir, está en contradicción con su texto; este trata, aunque sumariamente también de la ejecución de las sentencias arbitrales.

La insuficiencia de la regulación se demostró pronto. El sistema seguido de remisión a las leyes nacionales, era cómodo, optimista y liberal; pero no funcionaba. Hubo que proveer a un nuevo Convenio —el de 1927— específicamente denominado "Convenio para la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras".

En este abundan las normas internacionales relativas a esta materia; el "nucleo de hierro" se ha ampliado. Ello no quiere decir que no contenga el sistema reglas de remisión a otras leyes, sino que lo hace a partir de una regulación más detallada, y por tanto produce una penetración en los sistemas jurídicos de cada Estado contratante, mucho más acentuada, incisiva y unificadora.

El protocolo de 1923 obliga a los Estados contratantes a facilitar todos los trámites que deben cumplirse en su territorio, conforme a las disposiciones de su propia legislación, que regulen el procedimiento de arbitraje por compromiso (Regla 2). A continuación en su

regla 3ª dispone que "todo Estado se compromete a asegurar la ejecución, por sus autoridades y conforme a las disposiciones de su ley nacional de las sentencias arbitrales dictadas en su territorio según los artículos precedentes". Esta frase crea una dificultad notoria.

¿Es una restricción al principio general de ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras o es una especificación de dicho principio respecto de las sentencias interiores? ¿En este caso la ejecución de sentencias extranjeras estaría comprendida en el párrafo 2 de la regla 2 del Convenio?.

La cuestión quedó resuelta con autoridad, cuando la Comisión Económica de la Sociedad de Naciones llamó la atención del Consejo de esta ante la ausencia de regulación en el Protocolo de 1923 del reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras y la conveniencia de proveer a remediarlo.

Así lo acordó el Consejo y de ahí nació el Convenio de 1927. El prestigio y la efectividad del arbitraje internacional estaban en juego. Se amplió el campo de aplicación del arbitraje internacional y se reguló el régimen de ejecución y reconocimiento de las sentencias arbitrales extranjeras.

B) Estudio especial del Convenio de 1923. Este convenio llamado protocolo se refiere a las cláusulas de arbitraje según su rúbrica oficial. Es cierto, pero además se refiere a las sentencias arbitrales de un modo confuso e unilateral según hemos visto.

Sus reglas principales son de carácter material. La primera consiste en proclamar la validez del compromiso, y de la cláusula arbitral ante todos los Estados contratantes. Desde este momento, se han cerrado las puertas a toda clase de diferencias establecidas por una doctrina caducada que distinguía entre estas dos clases de convenios arbitrales. Compromiso y cláusula arbitral sólo se diferencian por el momento en que se conciertan.

La segunda regla relativa a la cláusula arbitral contenida en su artículo vincula aquella a la noción de partes contractuales estipulantes de un contrato. Estamos pues ante una materia arbitrable de naturaleza contractual. A diferencia del compromiso, que tiene existencia formal autónoma, la cláusula arbitral necesita estar incorporada a un texto contractual, que define la relación jurídica de la que pueden originarse las controversias a resolver por medio del arbitraje. Lógicamente por ser coetánea con el contrato se pacta antes de surgir controversia concreta alguna.

La materia arbitrable puede ser limitada a las cuestiones de carácter mercantil mediante el uso de la correspondiente reserva formulada por las partes contratantes.

Se admite una cierta deslocalización del arbitraje ya que es lícito que la sentencia

se dicte en un tercer país distinto de los que tienen jurisdicción sobre las partes que estipularon el arbitraje. El procedimiento arbitral, incluida la constitución del Tribunal se sigue por la voluntad de las partes y por la ley del territorio donde tenga lugar el arbitraje (reglas 1ª y 2ª). Ya vimos en el apartado anterior la enorme laguna producida en su texto al no regular la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. Se corrigió este defecto en el artículo 1º del Convenio de 1927 como se dirá más adelante.

C) Estudio especial del Convenio de 1927. En sus artículo uno al cuatro contiene la parte esencial de su reforma. Proclama el principio general de respeto de toda sentencia arbitral, pronunciada como consecuencia de un compromiso o cláusula arbitral fundada en el Protocolo de 1923, antes estudiado, y que debe ser reconocida y ejecutada "conforme a las reglas de procedimiento aplicables en el territorio donde la sentencia es invocada, cuando ésta hubiese sido pronunciada en un territorio dependiente de alguna de las Altas Partes contratantes, a las que se aplica dicho Convenio y afectare a personas sometidas a la jurisdicción de cualquier de las Altas Partes contratantes".

Una vez formulada esta declaración, subordina la ejecución de tal principio general al cumplimiento de una serie de requisitos, que en su mayoría pone a cargo de la parte que solicita el reconocimiento y ejecución. Estos son: 1º.- que el solicitante acredite ante el Tribunal, que la sentencia es consecuencia de un compromiso o cláusula arbitral, válida según la ley aplicable a la misma; 2º.- que ha sido pronunciada por el Tribunal arbitral, previsto en el compromiso o la cláusula, o constituido conforme al acuerdo de las partes y a las reglas aplicables al procedimiento de arbitraje; 3º.- que se trata de una sentencia definitiva en el país en el que hubiera sido pronunciada. No esta en este caso, si es susceptible de oposición, apelación o recurso de casación, o si se probare que está tramitándose un procedimiento sobre la validez de aquella (en este último caso parece que más bien deba estar a cargo del oponente el "onus probandi"); 4º.- que el reconocimiento y ejecución de la sentencia no son contrarios al orden público o a los principios de derecho público del país en el que es invocada.

Con independencia de lo anterior, y aunque los requisitos mencionados puedan haber sido cumplidos, el reconocimiento y ejecución de la sentencia pueden ser denegados, si el juez tuviere convicción acerca de los siguientes casos: 1º.- Que la sentencia ha sido anulada en el país en el que haya sido pronunciada; 2.- Que la parte vencida no ha sido emplazada en tiempo hábil a fin de poder usar sus razones, o si fuere incapaz, no hubiere sido representada conforme a la ley; 3º.- Que la sentencia no se refiere a la cuestión determinada en el compromiso o en la cláusula, o que contiene decisiones que sobrepasan los límites establecidos por unos y otros.

Si la sentencia no ha resuelto todas las cuestiones que se sometieren al Tribunal, la autoridad competente del país en el que se pidiere el reconocimiento y ejecución de la

misma, podrá si lo considera conveniente aplazarlos o subordinar su concesión a una garantía de carácter cautelar.

Por último importa decir que con independencia de estos motivos tasados de denegación del "exequatur", existe una vía singular para conseguir el mismo resultado y por razones genéricas de carácter exclusivamente procesal.

Si la parte vencida en el arbitraje prueba que existe una causa de dicha naturaleza distinta de las enumeradas como motivos procesales en los artículos 1º y 2º del Convenio, que le permita impugnar en justicia la validez de la sentencia, puede el juez denegar, según su personal convicción, el reconocimiento y ejecución de la sentencia o suspenderlo concediéndole a la parte interesada un plazo razonable para obtener la declaración de nulidad dictada por el Tribunal competente (art. 3º).

Esta vía parece referirse a los principios generales del procedimiento. Trata de evitar que las reglas fundamentales del mismo puedan ser infringidas.

El sistema en su conjunto representaba un progreso en la vía unificadora del arbitraje internacional. El espacio conceptual e institucional ocupado por las normas del Convenio de 1927, se sobreponía así a las leyes nacionales y constituía un sistema homogéneo aplicable a todos los Estados contratantes.

Lo dicho se refiere exclusivamente a la unificación de las causas de denegación del arbitraje; se trataba de evitar la diversidad de sistemas que las leyes de cada país podían establecer, según el ingenuo sistema del Protocolo de 1923. Más lo que no podía aprobarse era el extraño espíritu de desconfianza que el sistema revelaba frente a la sentencia arbitral. La parte que hubiera obtenido sentencia favorable en el arbitraje, se veía sometida a un proceso de verificación o control, en el que debía aportar la prueba de una serie de supuestos de hecho y de derecho que el Tribunal arbitral había considerado antes de resolver. Un espíritu de desconfianza cargaba absurdamente con el "onus probandi" el contendiente victorioso, y de hecho hacía muchas veces difícil la ejecución de la sentencia. El vencido usando de "mala fides" podía obstaculizar gravemente la ejecución de la sentencia. No se podía comprender como un sistema que trataba de organizar el arbitraje, podía asimismo reducirlo en la práctica, a un difícil paso por un atolladero procesal donde se atascaba. Se ignoraba la presunción de veracidad y juridicidad de la sentencia. Se atribuía la carga de la prueba no al condenado, para que probase los defectos de aquella; al contrario era el vencedor quien tenía que probar que la sentencia era justa. Se olvidaba que la presunción de cosa juzgada no tiene el carácter de orden público sino de interés privado y que se puede renunciar a la misma.

La crítica arreció empleando estas y otras razones. La conciencia de los especialistas y de los operadores del comercio internacional clamaba contra tan desequilibrado sistema. Hay que reconocer que este negro horizonte, era capaz de disuadir a cualquiera de instituir un arbitraje. Tan sólo en círculos muy profesionales, en los que las sentencias se cumplían voluntariamente, era posible eludir tan desgraciado sistema.

Como veremos este fue definitivamente derogado por el Convenio de Nueva York de 1958 después de haber constituido uno de los mayores obstáculos al desarrollo del arbitraje durante largos años.

Por último diré que se formula en su artículo 1º un nuevo concepto del arbitraje internacional corrigiendo el apuntado defecto del Convenio de 1923. Sus consideradas sentencias arbitrales ejecutables, las sentencias arbitrales dictadas en el territorio dependiente de alguna parte contratante y entre personas sometidas a la jurisdicción de Estados contratantes diferentes.

El Convenio de 1927 carece de cláusula derogatoria. Se presenta como complemento del Protocolo de 1923, no se juzgó oportuno derogar al anterior porque formula el principio esencial del reconocimiento de la cláusula arbitral

Sección X. El Convenio de Nueva York de 1958.

Para el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras.

A) Si atendemos a su sentido y alcance conoceremos que consiste en un sistema distinto del establecido por los Convenios de 1923 y 1927 a los que deroga sólo respecto a aquellos Estados que se adhieren al texto de 1958 y hubieren sido parte de los otros dos.

Es una derogación que carece de valor absoluto. No se produce simplemente "ope legis" sino que resulta de un acto propio de los Estado cual es la adhesión al nuevo Convenio de 1958. Es pues una derogación relativa y condicionada. Sólo afecta al Estado que hubiera procedido del indicado modo. Teóricamente es perfectamente concebible que el sistema constituido por los Convenios 1923 y 1927 continúe vigente.

Bastaría para ello con que dos Estados parte de aquellos no ratificasen el Convenio de 1958.

B) El propósito que une a los Estados que conciertan o se adhieren a este Convenio es radicalmente distinto al que movió a concertar los anteriores.

No es sólo el de ayudar al desarrollo del comercio internacional entre los súbditos de países adheridos al Convenio. Hay cláusulas que claramente se oponen a esta consideración reduccionista de su ámbito.

El propósito es más amplio, más general. Hay que desprenderse del prejuicio de hacer una lectura puramente contractual de sus cláusulas y referirlas sólo a las relaciones jurídicas entre nacionales de diversos Estados contratantes. Leer de esta forma el artículo 1º del Convenio que analizamos aquí sería desnaturalizarlo y entenderlo en contradicción con su espíritu y con su letra.

Cuando el artículo 1º citado establece que el Convenio se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas "está estableciendo una obligación a cargo de los Estados contratantes, pero en modo alguno limitando el área de aplicación del convenio a los mismos. Reléase su texto y podrá comprobarse la generalidad de sus términos, que no establecen en ninguna parte que los Estados en cuyo territorio se dicta una sentencia arbitral y los Estados en los que se pide el reconocimiento y ejecución de aquella sean partes de un Convenio. Lo que formula dicho artículo 1º no es una estipulación contractual y por ello "inter partes", sino una regla general absoluta y objetiva aplicable por los Estados parte a toda clase de sentencias arbitrales. Se trata de establecer un sistema general de arbitraje. Estamos ante una regla universal.

Cuanto decimos se justifica no sólo por la literalidad del precepto que omite referirse a los Estados contratantes, sino por la luz resultante de su contraste con la redacción de otros artículos (2º, 3º, 7º, 13º y 14º) en los que la expresión "Estados contratantes" es utilizable, y revela un criterio distinto acerca de la amplitud del ámbito de aplicación de la norma jurídica. Justifica lo que decimos el hecho de que en perfecta congruencia con el artículo 1.1. que comentamos los artículos 4º, 5º y 6º que tratan del reconocimiento y ejecución de sentencias omiten toda referencia a "Estados contratantes" y se expresan en términos generales sin limitaciones subjetivas.

Este distinto lenguaje, corresponde a una neta distinción conceptual que no puede ser desconocida.

El párrafo 3º del citado artículo 1º justifica nuestro aserto. Permite que el Convenio tenga un campo de aplicación reducido. Ya no es el mundo en toda su dimensión, sino sólo el territorio de cualquier otro de los demás Estados Contratantes. Pero para que esta reducción del territorio y por tanto a las sentencias en aquel pronunciadas pueda producirse, es necesario lo declare un Estado contratante, de modo expreso al firmar o ratificar el Convenio, lo que quiere decir que de no hacerse tal salvedad, el valor del artículo 1º es universal

y se aplica a toda clase de sentencias extranjeras sin distinción entre las dictadas en territorio de los Estados contratantes o en el de cualquier otro Estado no contratante.

El ámbito del Convenio tiene pues una "geometría" variable.

En consecuencia puede concluirse que el propósito de los redactores del Convenio fue establecer un sistema universal de arbitraje. Ello se funda en parte en el proyecto de la CCI. Esta como dice Rene David (1) deseaba reconstituir un "ius gentium" aplicable a los "arbitrajes internacionales". A esta expresión le daba un valor o sentido nuevo. Se consideraban tales "los arbitrajes organizados respecto de relaciones comerciales concertadas entre personas de diferentes nacionalidades de una parte, o de otra los concertados respecto a las relaciones comerciales que se ejecutarían en Estados diferentes. Ello llevaba consigo que las sentencias arbitrales serían nacionales o internacionales y se acabaría con la distinción entre sentencias nacionales y extranjeras y se excluiría la necesidad de determinar la nacionalidad de la sentencia. Esta terminología no fue aceptada. Se mantuvo la distinción entre sentencias nacionales y extranjeras. Pero la filosofía subyacente o principio de base no fue repudiado (2). El Convenio se aplica a todos los Estados obligados por este Convenio. No hay lugar a preguntarse si las partes son de nacionalidad diferente ni si la sentencia ha sido dictada en el territorio de un Estado parte en el Convenio, incluso ni si es considerada sentencia nacional en algún país (3).

La definición del arbitraje internacional contenida en el artículo 1 del Convenio tenía un flanco vulnerable. Este estaba constituido por aquellas sentencias arbitrales que pronunciadas en un país, no podían jamás ser ejecutadas en este, según las normas del Convenio.

Ello creaba situaciones contradictorias en las que una misma sentencia era ejecutable, según el Convenio, en un Estado y en otro no. Había que diferenciar en el grupo de las sentencias que se dictaban en un Estado aquellas que podían considerarse nacionales de las que no lo fueren. Algunos países como Alemania no consideran sentencias nacionales a las dictadas conforme a una ley de procedimiento extranjero. La solución se encontró en el último párrafo del artículo 1.1. al ampliar el campo de la aplicación del Convenio a aquellas sentencias, que habiendo sido pronunciadas en el interior de un país no eran consideradas como sentencias nacionales. Sobre ello volveremos luego.

C) El campo de aplicación del Convenio de Nueva York. Su geometría variable. El juego de las reservas. Afirmamos anteriormente que este Convenio, en su artículo primero, proclama un principio de universalidad de sus normas, superador de un punto de vista meramente contractual que limite su eficacia a las relaciones entre los Estados parte. Estos al ratificar o adherirse al Convenio, se obligan a aplicarlo no sólo a las sentencias originadas

en otros Estados contratantes, sino además a las que provienen de otros Estados que no tienen tal condición. Luego estos podrán invocar sus normas, frente a los Estados parte, como un derecho que se les confiere. La sustancial reforma establecida en orden a la concesión del "exequatur" a las sentencias extranjeras resultante del Convenio, se pone a disposición de todos los Estados de la tierra.

Más la eficacia de tal principio, que constituye un "maximum" del Derecho internacional, no se impone de modo absoluto. Es susceptible de condicionamientos. Estos deberán ser manifestados en el momento en que cada Estado firme ratifique o se adhiera al Convenio. Ello constituye el objeto de las llamadas "reservas", es decir de las restricciones al principio general antes expuesto.

El uso de las mismas tiene un valor específico. Sólo se refiere al Estado que la formula y en su caso a los territorios cuya representación diplomática ostentare. La reserva no tiene nunca un alcance general. Por ello puede darse el caso de que el Convenio tenga un campo de aplicación distinto para cada Estado y no común. Cada parte, valorando su situación y sus principios jurídicos esenciales, es juez independiente para determinar hasta que límite quiere obligarse, dentro de los definidos por el artículo primero del Convenio.

Las reservas son fundamentalmente dos: La reserva de reciprocidad y la reserva de materia mercantil o comercial. Ambas están contenidas en el artículo 1.3 del Convenio. Otros autores agregan a este grupo lo que llaman "la tercera reserva" y que se refiere al requisito de que la sentencia cuyo reconocimiento y ejecución se pida, debe haber sido pronunciada en un Estado distinto de aquel en que se insta la ejecución. Ello se exige en el artículo 1.1. del Convenio.

En realidad no es una reserva como las otras. En aquellas es la libre voluntad de las partes, la que reduce o reserva el ámbito de aplicación del Convenio. Aquí por el contrario es una limitación del propio sistema del Convenio. Este se refiere al reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras. Por sentencia extranjera se entiende por tanto aquella que es dictada en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide su ejecución. Ello equivale a decir que las sentencias dictadas en el propio territorio de un Estado, no pueden ejecutarse en el mismo según las reglas de este Convenio internacional, porque no son sentencias extranjeras. Se entienden que son sentencias arbitrales nacionales. La realidad demuestra que esta dicotomía es insuficiente, pues aparece un "tertius genus" constituido por aquellas sentencias que aún estando dictadas en el territorio de un Estado no son consideradas nacionales por su ordenamiento jurídico, porque el arbitraje se ha tramitado conforme a una ley de procedimiento distinta de la propia. La exclusión de esta hace que el criterio territorial, hasta ahora empleado por el Convenio, resulte insuficiente. Hay que entender que la remisión a una ley de procedimientos extranjera, hace "emigrar", por decirlo

así, al arbitraje fuera de la sede territorial, que queda destituida de todo valor jurídico como punto de conexión con la ley procesal territorial, y se convierte en un lugar accesorio e irrelevante. Por ello el criterio de distinción territorial entre sentencias extranjeras y nacionales —implícitamente basado en la noción de que territorio y derecho procesal del foro se identifican— se reveló insuficiente, y hubo que separar los dos elementos de tal ecuación, y por ello admitir que son asimilables a las sentencias extranjeras las pronunciadas en el territorio de un Estado, cuando conforme a su Derecho no fueren consideradas nacionales. Esta regla está incluida en el final del apartado 1 del artículo 1 del Convenio. En tal supuesto, entre otros, se encuentra la ley alemana. De no procederse así las sentencias de tal clase quedarían desnacionalizadas, o serían apátridas, con las dificultosas consecuencias que pudieran seguirse de tal situación en orden a la ejecución de sentencias arbitrales.

Trataré primero de las dos reservas citadas y luego me referiré a la denominada "tercera reserva".

La reserva de reciprocidad.

"Todo Estado podrá, a base de reciprocidad, declarar que aplicará el presente Convenio únicamente al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales, dictadas en el territorio de otro Estado contratante". Así se expresa el artículo 1.3. del Convenio.

De su definición resulta, que dicha reserva excluye de la aplicación del Convenio, a las sentencias arbitrales pronunciadas en Estados extranjeros, que no sean parte del Convenio; también excluye a las sentencias arbitrales dictadas en su propio territorio, a las que no considere como nacionales por las razones antes examinadas. Ello supone una contradicción o negativa al último párrafo del artículo 1º antes citado que declaraba aplicable el Convenio a las sentencias dictadas en el territorio de un Estado, pero cuya ley no las reconoce como nacionales. Tal situación llevaba a la conclusión de que dichas sentencias al no ser nacionales eran asimilables a las extranjeras y por ello eran ejecutables en el propio Estado en el que se pronunciaron.

Ahora con el uso de la reserva de reciprocidad tal posibilidad queda excluida. Sólo se ejecutan conforme al Convenio las sentencias arbitrales dictadas en otros Estado contratante. Conforme a este criterio una sentencia pronunciada en Alemania conforme a la ley de procedimientos inglesa, y no considerada en Alemania como sentencia nacional, no sería ejecutable en Alemania, si este país hubiera usado de la reserva de reciprocidad. Lo contrario ocurre si no hubiera ejercitado la reserva estudiada.

La reserva de la "materia comercial"

Está formulada como la anterior, en el apartado 3 del artículo 1º del Convenio y a continuación de aquella, donde se dice *"podrá también declarar que sólo aplicará el Convenio a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su Derecho interno"*.

La doctrina ha criticado mucho esta reserva. Se considera está mal concebida. Además puede producir consecuencias anormales.

Sigamos un cierto espacio esta línea argumental. Ante todo hay que diferenciar esta reserva de la típica reserva de la materia comercial, ya establecida en el Protocolo de 1923. En este texto se disponía que no se admitía por razón de la reserva una cláusula o compromiso arbitral más que en materia mercantil.

Por el contrario lo que se dice en el Convenio de Nueva York en el artículo citado, es otra cosa completamente diferente de lo que se recordado. Se trata de oponer una barrera a la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en materia no considerada mercantil por el Derecho interno del Estado que formula la reserva.

Todo ello hizo decir a la doctrina que la posibilidad de enormes diferencias en cuanto a la calificación como mercantiles de numerosas relaciones jurídicas, llevaría al arbitraje a una situación infernal. Prudentemente la Delegación del Reino Unido había indicado la necesidad de que cada Estado precisare con detalle la amplitud de la noción de "contratos mercantiles" que contenía su sistema jurídico. No se admitió tan sensata propuesta y el destino de la reserva que estudiamos afrontó enormes escollos que pueden suponen el naufragio de la misma en cuanto descansa sobre relaciones entre Estados, muy diferentes en orden a los sistemas jurídicos.

Algún tiempo después la realidad demostró el acierto de aquellas sugerencias inglesas. La aplicación del Convenio se vió sacudida y reducida, en virtud de interpretaciones "sui generis" de la materia mercantil.

Fue negada la consideración de mercantil a un contrato de asistencia técnica relativa a la construcción de equipos utilizados para la electrificación de trenes y "trolleybuses" en la India. El contrato contenía una cláusula arbitral. la High Court de Bombay afirmó que el trabajo realizado por la Compañía que prestó la asistencia técnica tenía un carácter profesional y no se refería en absoluto a los negocios ni al comercio, y se asemejaba más a un contrato de servicios o al contrato concertado entre un abogado y su cliente, por lo que resultaba difícil considerarlo como comercial (4).

Otra sentencia fue todavía más lejos y declaró que para conceder carácter comer-

cial a una relación no basta con que lo sea en el usual sentido de la palabra. Es preciso que una expresa disposición de la ley india o un principio reconocido por el derecho indio, le atribuyan esta cualidad. Los contratos sobre los que se establecían estas afirmaciones relativos a la construcción de una fábrica de polyester —aunque fuesen en sí mismos contratos comerciales— no quedaban comprendidos en los que la Arbitration Act India consideraba arbitrables (*Indian Chemicals Ltd v Chamtex Fibres Inc.*) (5) S 4.4. 1977 A.I.R. 1978 Bombay 106.

El ejemplo es aleccionador. Se puede temer cuestiones análogas en muchos países, que por tanto excluyan del régimen arbitral las cuestiones relativas a inversiones, explotación de riquezas mineras o a asistencia técnica.

En otros países, las mismas palabras alcanzan un significado distinto. Se cita el caso de que la Cámara de Comercio Internacional de París no ha tenido dificultad en ocuparse de estos temas y de los contratos de obras públicas, interpretando así su Estatutos que le conceden diferentes competencias en materias de comercio internacional.

En la jurisprudencia americana, el Tribunal Supremo, ha considerado que tales contratos entran dentro del concepto general de transacciones comerciales.

A nadie puede extrañar que el Convenio de Ginebra de 1961 ya no se refiera a los criterios de los derechos internos en materia mercantil, para definir el campo del arbitraje comercial internacional. Se recurre ahora al concepto de "operaciones de comercio internacional" que hace referencia a la realidad de la praxis mundial.

Este concepto de operaciones de comercio internacional ha influido en legislaciones modernas y ha sido recogido por el NCPC francés, en la ley suiza, en el reglamento de la CCI y de otras instituciones.

Terminaremos aquí señalando que en virtud del juego de estas reservas el campo de aplicación del Convenio es de geometría variable. A veces demasiado variable como hemos podido ver.

La posibilidad de ejercicio de estas reservas está limitado al momento de firmar, o ratificar el Convenio o de adherirse a él por los Estados, o en el momento de declaración, por ellos que la extensión del Convenio abarca aquellos territorios, cuyas relaciones diplomáticas tuvieran a su cargo.

D) La llamada tercera reserva. El lugar donde se pronuncia la sentencia arbitral.

Ya hemos considerado el sistema de reservas que las partes pueden oponer a la

extensión universal del ámbito del Convenio de Nueva York. De una parte está la reserva de reciprocidad; de otra la reserva de carácter mercantil.

Ambas son voluntarias; es decir que pueden formularse en un momento determinado por voluntad de los Estados parte en el Convenio.

La reserva a la que voy a hacer referencia no tiene la naturaleza de las anteriores. Es más bien una restricción legal, y por tanto no juega, en su régimen, ningún papel la voluntad de los Estados. No obstante algún sector doctrinal, la incluye en una teoría general de reservas o limitaciones del amplio campo de aplicación del Convenio.

Para definirla y precisar su aplicación conviene recordar aquí lo dicho respecto del objeto del Convenio de Nueva York. Esta regula "la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras", según reza su rúbrica o encabezamiento.

La definición de sentencia arbitral extranjera nos la da el artículo I del Convenio. "Son las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel, en que se pide el reconocimiento y ejecución de dichas sentencias y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas". De este principio se deduce que el Convenio no es aplicable en el país donde las sentencias han sido pronunciadas.

La fórmula cubre toda clase de sentencias dictadas en cualquier país distinto de aquel en que se pide el "exequatur". No se distingue —salvo el caso de reserva— entre Estados parte del Convenio y aquellos otros que no lo son. La noción de "sentencia extranjera" no tiene conexión alguna con la nacionalidad de las partes del convenio arbitral o afectadas por las sentencias. Tampoco existe limitación alguna sobre el contenido de la misma. Puede tratar de un asunto puramente interno del país en que se pronuncia (6).

Más esta definición de la sentencia extranjera, por razón del dato territorial, es decir del lugar donde se pronuncia, tiene un complemento. El inciso último del apartado 1 del artículo I del Convenio de Nueva York. Este se aplica también a la sentencia arbitral que no es considerada como nacional en el país en el que se pide su reconocimiento y ejecución.

La fórmula es un poco abrupta. Es menester recurrir a los antecedentes. Ha sido elaborada en virtud de una propuesta conjunta de Francia y Alemania. Se trataba de introducir en el campo de aplicación del Convenio a aquellas sentencias arbitrales dictadas en el interior del país, pero que conforme a la ley de este no se consideran como sentencias nacionales.

Se hace aquí referencia a aquellos casos en los que algunos países permiten se

celebren en su territorio arbitrajes sometidos a una ley de procedimiento, distinta de la propia. Estas sentencias así producidas no son consideradas por el derecho de tales países como sentencias arbitrales propias o nacionales. Si como consecuencia de la definición del Convenio se califica como nacional por no estar pronunciada en otro país distinto del de la sede de arbitraje, se prohíbe su ejecución, conforme al Convenio; por otra parte si la legislación interna del país de la sede las califica como sentencias extranjeras no puede tener ejecución como sentencias nacionales. Tal es el caso de una sentencia arbitral dictada en Alemania según la regulación procesal de la ley inglesa. No es posible aplicar el Convenio de Nueva York si su ejecución se pide en Alemania.

Esta tercera reserva abre una brecha en el concepto de sentencia nacional deducido del de sentencia extranjera utilizada en el artículo 1 del Convenio, y que llevaba a afirmar que el Convenio no se aplica a las sentencias dictadas en el propio país en que se pronuncian. Aquí si la sentencia ha sido dictada según una ley de procedimiento distinta de la ley local puede beneficiarse de la aplicación del Convenio.

Otro caso digno de mención es el de las sentencias "desnacionalizadas" o "apátridas", es decir que se pronuncian en un arbitraje no sometido a una determinada ley estatal de procedimiento, o mejor dicho sin referencia expresa o tácita a sus disposiciones imperativas. Así se expresa Van den Berg (7) quien considera que tales sentencias no entran en el campo de Convenio de Nueva York. La opinión es controvertida. La opinión de Van den Berg se basa en que el art. V.1. del Convenio en sus apartados a) y d) establece que es aplicable la ley de la sede del arbitraje a título supletorio, cuando las partes no han establecido otra cosa. Tal ley se aplica para determinar la validez del convenio arbitral y la constitución del Tribunal al procedimiento.

La doctrina francesa en gran parte rechaza la opinión anterior y ve en el artículo V.1. d) la posibilidad de que las partes puedan establecer sus propias reglas de procedimiento. Este criterio se ha consolidado en el derecho francés aplicable al arbitraje internacional. Así el artículo 1494 del NCPC permite a las partes establecer el procedimiento, bien directamente, o por referencia a un reglamento de arbitraje. Los arbitros tienen la misma facultad en caso de silencio de las partes. En suma el derecho francés va más allá que el Convenio de Nueva York, suprimiendo claramente la referencia a la ley de procedimiento de la sede, y estableciendo una opción entre el procedimiento establecido por las partes y el contenido en los reglamentos de las instituciones arbitrales.

Los tribunales franceses son los únicos que someten a las sentencias apátridas al Convenio de Nueva York.

Haré mención aquí del tema de las sentencias pronunciadas en país extranjero,

sobre diferencias entre nacionales del país en el que se pide el "exequatur" que no tienen el carácter de controversia internacional. Se duda si se debe acceder o no a aplicarles el Convenio de Nueva York. La cuestión tiene muchos matices. El Protocolo de 1923 exigía diferente nacionalidad de las partes del arbitraje. El Convenio de Nueva York no ha seguido este criterio, para la definición de su campo de aplicación. Las posiciones son dispares. La ley inglesa de introducción del Convenio de Nueva York, ha excluido la aplicación de este cuando el arbitraje se refiere a partes que todas son de nacionalidad inglesa. El mismo criterio ha seguido la ley federal de aplicación del citado Convenio en los Estados Unidos que tiene idéntica regla con una variante. En su artículo 202 prescribe que un convenio arbitral concertado o una sentencia arbitral pronunciada, respecto de un asunto que interesa exclusivamente a ciudadanos de los Estados Unidos, no se considerará que determina la aplicación del Convenio, a menos que dicho asunto se refiera a bienes situados en el extranjero, o tenga alguna otra relación con uno o varios Estados extranjeros.

La jurisprudencia italiana después ha llegado a declarar por el contrario que toda sentencia dictada en el extranjero está comprendida en el Convenio de Nueva York (8).

Como es notorio el Convenio de Ginebra de 1961 tiene un sistema distinto de determinar el campo de aplicación de sus normas es decir el ámbito al que alcanza el concepto de arbitraje comercial internacional.

En su artículo 1 atiende al concepto de "operaciones de comercio internacional" y exige que estén concertadas entre personas físicas o jurídicas que tengan su domicilio, residencia o sede, en Estados distintos, en el momento de concertar el convenio arbitral. La cuestión en este caso queda solventada.

Pero en todos aquellos casos en que rija el Convenio de Nueva York la cuestión está planteada. Se suele decir que el caso de dos nacionales que resuelven en el extranjero sus diferencias, por medio de un arbitraje cuya sentencia final presentan para reconocimiento y ejecución en la patria común, no es siempre un sistema de fraude de ley. En ocasiones los arbitrajes profesionales, se realizan en centros mundialmente especializados a los que es costumbre recurrir para resolver en vía arbitral las diferencias. A veces en los estatutos de las Asociaciones se establecen estos arbitrajes con carácter obligatorio. La verdad es que el Convenio de Nueva York no dice nada respecto de este caso y son las legislaciones nacionales las que en algún caso lo prohíben.

E) El convenio arbitral y el Convenio internacional de Nueva York. Historia de otro olvido.

Este Convenio internacional se define en su título o rúbrica como "Convenio sobre

el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras". De ello puede deducirse que su contenido es exclusivamente procesal.

No obstante el lector cuidadoso de tal texto, habrá de modificar rápidamente su provisional criterio, al conocer que el artículo II de aquel está dedicado al convenio arbitral, formulando reglas que constituyen derecho sustantivo convencional de gran trascendencia, por lo que resulta singular que no se hiciera referencia a esta materia en el título o encabezamiento del Convenio internacional aludido.

Si ello es una deficiencia sistemática que lamentar, resulta difícilmente explicable la sede de tal artículo en el texto examinado ya que se encuentra situado entre otros dos que se refieren al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales, rompiendo la unidad del relato referido a temas procesales, que tienen su razón de ser en un momento posterior a aquel en que el convenio arbitral ha sido concertado.

Nos encontramos ante una deficiencia que resalta por la importancia del tema, y por ser la única disposición convencional vigente en la que se reconoce la validez del convenio arbitral en sus dos formas —compromiso y cláusula arbitral— en el arbitraje internacional, toda vez que por mandato del propio artículo VII.2 quedaron derogados "inter partes" el Protocolo de 1923, y el Convenio de 1927 quedando por ello sin efecto el reconocimiento de dicho compromiso y cláusula contenidos en el artículo I del Protocolo mencionado, produciéndose una laguna institucional, de proporciones extraordinarias que podía invalidar a todo el régimen del arbitraje internacional si no se remediase.

Fué sin duda la comprobación de este extremo el que provocó la redacción e inserción del actual artículo II a toda prisa y en sede no muy afortunada. Se consiguió colmar la laguna, precaver el daño; pero el orden de las ideas se resintió. Lo que pudo ser un texto elaborado científicamente resultó ser un documento de negociación con redacción apresurada en el último momento. No importa; el problema se solucionó y por cierto con mayor rapidez que en el caso del Protocolo de 1923, cuando se descubrió su insuficiencia, ya relatada en otro lugar de este estudio, y hubo que esperar hasta 1927, para que un nuevo Convenio regulase la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras.

En este artículo II del Convenio de Nueva York hay dos clases de reglas. La primera de derecho material está constituida por la definición del compromiso y de la cláusula arbitral inserta en un contrato. Se impone el deber de reconocer a ambas instituciones a los Estados contratantes. Además se regula el aspecto formal de estos convenios arbitrales, exigiendo que consten "por escrito", expresando que por tal se entenderá una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso firmado por las partes, o contenidos en un canje de cartas o telegramas. El criterio es amplio y ajustado a las técnicas del momento.

La aparición posterior de otros medios de transmisión de textos ha planteado cuestiones que han resuelto los árbitros y los jueces.

La inclusión de este artículo da sentido al Convenio de Nueva York cuyo artículo 1.1. parecía imponer categóricamente la ejecución de toda sentencia arbitral sin contrastarla con el Convenio arbitral del que trae su causa. El artículo V.1. a) complementa el texto antes citado, al hacer depender el reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral de la validez del convenio arbitral y del respeto a lo en él consignado respecto de la constitución del Tribunal y del procedimiento arbitral (artículo V.1.d.).

El principio de validez del Convenio arbitral se formula en el artículo II; el de autonomía de las partes para la constitución del tribunal arbitral está expresado en el artículo V.1.d. En este se dispone que a falta de declaración de las partes sobre ello, se aplicará la ley de procedimiento del lugar donde se ha celebrado el arbitraje.

F) La cláusula de la compatibilidad del Convenio con otros acuerdos bilaterales o multilaterales y la cláusula de la sentencia más favorecida.

Estas dos cláusulas están contenidas en el artículo VII del Convenio de Nueva York. En las dos late un espíritu antiexclusivista y tolerante respecto de otros Convenios que los Estados parte hubieren concertado, sobre las mismas materias que este Convenio regula. Por otra parte se niega de modo absoluto, que sus normas sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras sean las únicas aplicables y por tanto no condena a aquellas que no pudieren acogerse a sus normas, a la ineficacia, esto es a la imposibilidad de ejecución. La ausencia de protección de aquellas por las normas del Convenio, no excluye se intente obtener su reconocimiento y ejecución por otras vías que la complicada vida internacional permita.

Con relación al primer extremo el referido espíritu de tolerancia se concreta en la fórmula de que "las disposiciones del presente Convenio, no afectan a la validez de los acuerdos concertados por los Estados contratantes, en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales..."

La contradicción entre el texto de tales Acuerdos y el del Convenio no supone la calcinación del más débil jurídicamente hablando. Los dos coexisten y al ser así las cosas siguen permitiendo a los Estados utilizar conforme y cuando les conviniere cualquiera de los textos jurídicos positivos expresados.

Con relación al segundo extremo, es decir a la fase de reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales la imposibilidad de las mismas de acogerse a las normas del

Convenio, "no priva a ninguna parte interesada del derecho que pudiera tener para hacer valer una sentencia arbitral, en la forma y medida admitida por la legislación o los tratados del país donde la sentencia se invoque". Se ha dicho con gran acierto que esta cláusula de la sentencia más favorecida, es emanación del propósito general que expresa el Convenio de Nueva York, que consiste en facilitar al máximo la ejecución de las sentencias arbitrales. (9).

Se trata —podíamos agregar— de abrir camino a la ejecución de todas las sentencias posibles, las que están dentro del sistema y las que están fuera, y de impedir toda interpretación de las cláusulas del Convenio como excluyentes de cualquier otra vía jurídica de ejecución. Hay aquí también otro principio esencial que ha comentado Fouchard y es que este artículo 7 establece un principio contrario a la regla general de supremacía de los Tratados internacionales sobre los Derechos de cada Estado. Por ello en estos casos el horizonte del árbitro y en su caso el del Juez puede verse extraordinariamente ampliado para la resolución del caso ya que la sentencia que pudiere dictarse si no puede acogerse al Convenio, podrá validamente ser ejecutada por otros motivos (J. Class. Dr. Int. fasc. 585.2 1989, Nº 143).

G) La denegación del reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales según el Convenio de Nueva York.

a) Los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales constituyen la traducción procesal de principios esenciales cuya existencia se considera presupuesto de una sentencia conforme al Derecho y por ello ejecutable.

Se clasifican en dos grupos. El primero constituido por aquellos que deben ser invocados y probados por la parte perjudicada. Si no lo hiciere se entiende consiente, y no son tomados en cuenta de oficio. La razón está en el viejo principio de "Volenti non fit iniuria". La aceptación del interesado en cuestiones que afectan a su propio interés depura el procedimiento y su acto final que es la sentencia. La conformidad del interesado puede tener eficacia no sólo en el campo procesal, donde opera con virtud sanatoria, sino además en el fondo de la cuestión es decir en cuanto al derecho sustantivo.

El segundo grupo por el contrario comprende aquellos motivos que están bajo la atenta custodia del órgano judicial que conoce de la petición de "exequatur" y que este deberá tener en cuenta de oficio, sin que la inactividad o consentimiento de la parte contraria tenga efecto alguno sobre la necesidad de su consideración.

b) Los motivos comprendidos en el primer grupo son los defectos de capacidad de las partes para concertar un convenio arbitral, o la invalidez del mismo por contravenir la

ley aplicable, ya fuere designada por las partes o designada por el Convenio, que en este caso resulta ser la del país donde la sentencia se ha pronunciado.

Además de estos defectos subjetivos y objetivos que producen la nulidad del convenio arbitral, están comprendidos en el artículo V del Convenio de Nueva York otros referidos a defectos del procedimiento como son los de ausencia de notificación a la parte que se opone al "exequatur" de la designación de árbitros o de la existencia del procedimiento arbitral, y la imposibilidad de aquella, por cualquier causa, de aportar sus pruebas. También se incluyen aquí los relativos a la defectuosa constitución del Tribunal arbitral, por no hacerse según lo convenido por las partes y en su defecto conforme a la ley del país donde el arbitraje ha tenido lugar.

A estos defectos subjetivos y objetivos del convenio arbitral, y a los señalados respecto del procedimiento han de unirse los que afectan a la sentencia. Estos son el exceso de poder en la resolución final que se refiera a una cuestión no comprendida en el compromiso, o no incluida en las previsiones de la cláusula arbitral, o cuando sus pronunciamientos sobrepasen los términos marcados por uno y otra. Además ha de agregarse a este grupo de motivos el que consiste en que la sentencia no sea todavía obligatoria para las partes, o fuese suspendida o anulada por una autoridad competente en el país en que ha sido pronunciada o conforme a cuya ley ha sido dictada. El artículo VI faculta a que la Autoridad suspenda el procedimiento de "exequatur".

Debe observarse que el error de derecho que pudieran haber cometido los árbitros no se incluye dentro de este catálogo de defectos que pudieran motivar la ineficacia de la sentencia arbitral. El Convenio internacional ha cerrado el camino a todo control judicial en esta fase sobre el fondo de la cuestión.

c) En cuanto al segundo grupo de los motivos que pueden producir de oficio la denegación del "exequatur" son aquellos que la autoridad competente (judicial) constata. Son el de que el objeto de la controversia no es arbitrable según la propia ley del país donde se pide el reconocimiento y ejecución de la sentencia, que el acceder a tal petición fuere contrario al orden público de dicho país.

Los dos motivos se refieren a la ley del país donde se pide la ejecución. Las diferencias de criterio respecto de la definición de la materia arbitrable, tiene aquí un campo de acción que debe ser tenido en cuenta al redactar la sentencia. Lo relativo al orden público constituye la vía de acceso al porvenir del Convenio internacional. La doctrina asumió que esta noción de orden público en el orden internacional, no podía confundirse con el orden público de derecho interno. La jurisprudencia ha sistematizado, ayudada por la investigación doctrinal, la noción de orden público internacional: por ello el tercer capítulo de

esta obra se dedica a ello.

La enumeración de motivos no resulta taxativa porque uno de los comprendidos en el primer grupo (en el artículo V. 1º.e.) se refiere a la anulación o suspensión de la sentencia por la autoridad del país donde ha sido pronunciada conforme a cuya ley se ha procedido, y ello supone diversidad de motivos. En algunos países existe esta vía de impugnación; en otros no se aplica cuando las partes son extranjeros o no están presentes económicamente en el país (caso de la legislación belga). Por último el derecho suizo permite que las partes renuncien a la apelación. Los motivos de impugnación por vía del recurso de anulación corresponden al derecho interno de cada país en la parte aplicable al arbitraje internacional.

Una importancia especial alcanza este artículo V del Convenio de Nueva York. Constituye una lista de remisiones al derecho designado por las partes, o al que se refiere el Convenio en defecto del primero y que regula puntos esenciales para la validez del arbitraje y que complementan el sistema internacional.

Este sistema deroga entre los Estados contratantes al Protocolo de 1923 y al Convenio de Ginebra de 1927 según la cláusula contenida en el artículo 7.2. del mismo. Ya comentamos en su lugar adecuado el excesivo acarrero de requisitos impuestos por el Convenio de 1927 al litigante victorioso que pretendiere se ejecutase la sentencia arbitral dictada a su favor, así como su desmedido criterio en orden al "onus probandi". Todo ello desaparece aquí. La parte condenada es la que debe probar los vicios que aleja. Sólo dos de ellos son apreciables de oficio, como hemos visto.

Notas a la Sección X

- (1) L'arbitrage: pág. 205. La propuesta tendía hacia un sistema jurídico basado en el "ius gentium" respecto del arbitraje que se aplicaría en los Estados parte del Convenio a todos los arbitrajes internacionales. He aquí el origen de la básica distinción entre Estados parte del Convenio y arbitrajes internacionales sometidos al Convenio que en principio son todos aunque se pronunciasen en Estados que no son parte. Lo dicho se excluye si los Estados parte usaren de la reserva de reciprocidad. Ver el carácter "universal" del artículo 1.1. del Convenio de Nueva York, reforzado por los límites en los que se encierra la posibilidad de reserva de reciprocidad respecto de otro Estado contratante que contiene el párrafo 3º de dicho artículo.
- (2) David: obra citada pág. 206.
- (3) La opinión es de Minoli (E). El problema teórico fundamental del arbitrato commerciale internazionale. Studi un onore de Carlo Furno. 1973. Pág. 627-636. Citado por David. L'arbitrage pág. 206.

- (4) Kamení Engineering Corporation V, Societe Traction et Electricite S.A.. All Indian Repertories Bombay 1965, pág 114. Sobre la cuestión Van den Berg. Convention of New York pag. 51/54. La referencia esta tomada de David, obra citada página 208.
- (5) Indian Chemicals Ltd v. Chamtex Fibres Inc Sentencia de 4.4.1977. ALL Indian Repertories 1978. Bombay 106. La referencia está tomada de David. Ob. cit. pág. 209.
- (6) Tal es la opinión de Van den Berg. Convention of New York, pag. 17. Vease asimismo Fouchard; Juris Classeurss. Droit International. Fascículo 585.2.130.
- (7) Ob. cit. pág. 28.
- (8) Casación Civil 5. 25.1.1977. Rosegna dell'arbitrato 1977. Pág. 94.
- (9) Ven den Berg; obra cit. pag. 82.

Sección XI. El Convenio europeo sobre el arbitraje comercial internacional de 21.4.1961.

A) Para situar en el tiempo y en el mundo de los conceptos a este Convenio debemos tener presentes dos hechos de diversa naturaleza que por decir así condicionan su existencia y el sentido y alcance de sus preceptos.

El primero de estos es la ruina del comercio internacional europeo como consecuencia de la segunda guerra mundial. Esta ruina, tendía a prolongarse después de haber llegado a situación de paz, por el hecho de haber quedado el Continente dividido y enfrentado en dos grupos de Estados. Los de economía libre y los de economía colectivizada. Urgía poner remedio a esta situación.

El segundo es que desde el año 1958 venía operando en la Comisión Económica para Europa (C.E.E.) de las Naciones Unidas un grupo de trabajo cuyo objetivo inmediato era perfeccionar el régimen del arbitraje internacional, sin derogar las normas del Convenio de Nueva York. La noción del arbitraje con su fecundidad milenaria, parecía idónea para evitar los innumerables problemas que opacos y duros textos imperativos planteaban en todo momento como expresión de desconfianza si no de abierta hostilidad, y para resolver las cuestiones de fondo ligadas a la ejecución de ciertos contratos. Este proyecto cuajó y los trabajos del grupo fueron aprobados por una asamblea de pleipotenciarios. Así nació

en Ginebra el 21 de abril de 1961 el Convenio que analizamos. Más de 22 Estados adquirieron el carácter de partes contratantes del mismo.

A la vista de todo ello puede precisarse que no se trató de crear un texto de alcance universal —como ocurrió respecto del Convenio de Nueva York— sino un régimen adecuado a las necesidades de concretos países.

B) Como consecuencia de ello hubo que elaborar una nueva idea de la internacionalidad de las relaciones. Esta no fué concebida sobre el dato de la diferente nacionalidad de las sentencias como hiciera el Convenio de Nueva York. Este dato queda devaluado en el sistema de conceptos del nuevo Convenio. Ahora lo que debe ser internacional es la operación de comercio que se somete al arbitraje. Este concepto convierte en preponderante el dato objetivo que es la operación de comercio internacional que es fácilmente identificable y excluye toda enfadosa referencia a complicadas y discordantes regulaciones de la materia mercantil. El concepto expresado no puede entenderse según el lenguaje de una parte o según su sistema jurídico; debe comprenderse en el sentido internacional del término.

El empleo de la noción de operaciones de comercio internacional exige que las personas que en ellas intervengan no tengan su domicilio o residencia habitual, o su sede, pues pueden ser personas jurídicas, en el mismo país sino en distintos. El tráfico de bienes que una operación comercial internacional supone, implica el hecho de que los bienes o servicios de una parte domiciliada o residente en un país se entreguen o pongan a disposición de la otra parte que habita en otro país distinto. El dato de internacionalidad de la operación no puede omitirse. Podríamos decir que este dato de "operación de comercio internacional" elimina el de diversa nacionalidad de las partes que la conciertan, exigido en los Convenios de 1923 y 1927. Es la operación comercial en sí, la que ha de ser internacional para que se aplique el Convenio de 1961.

Esta regla, contenida en el artículo I.1.a) del nuevo Convenio, tuvo como consecuencia alterar o modificar la definición de la materia arbitrable que los derechos nacionales usaban, unificando su contenido para la mejor comprensión y aplicación de las reglas del Convenio. Es sobradamente conocido el caso de Francia. La ley francesa no considera mercantil el contrato de obras públicas. Por consiguiente en esta materia Francia no estaba vinculada por el Convenio de Nueva York mientras mantuvo su reserva de comercialidad (hoy día la ha retirado). Pero desde el momento en que entró en vigor el concepto de "operaciones de comercio internacional" la situación fue diferente.

Una última observación quiero hacer en este pórtico del análisis del Convenio de 1961 y se refiere a la deslocalización del arbitraje. La sede del mismo carece de toda rele-

vancia a los efectos del Convenio de 1961.

C) En cuanto a su contenido puedo decir que sus normas pueden agruparse para su exposición adecuada en tres conjuntos o sistemas esenciales.

El primer sistema comprende las normas relativas a la organización del arbitraje, según se trate de un arbitraje institucional o se concierte un arbitraje "ad hoc". En este último caso el artículo IV del Convenio preveé el modo de resolver una serie de supuestos conflictivos. La redacción es complicada y por ello un acuerdo firmado en París el 17.XII.1962 excluyó la aplicación de los párrafos 2º al 7º del citado artículo IV entre determinados Estados europeos.

El segundo sistema trata de la eficacia procesal del convenio arbitral ante los Tribunales de Justicia. Distingue dos supuestos. El de presentación de una declinatoria por incompetencia del tribunal arbitral, fundada en la alegada inexistencia, nulidad o caducidad del convenio arbitral, o en que la cuestión controvertida excede de las facultades del árbitro. El otro supuesto es el de la excepción fundada exclusivamente en la existencia de un convenio arbitral. En uno y otro caso se señalan plazos dentro de los cuales podrán ejercitarse tales pretensiones procesales, transcurridos los cuales quedará precluido el trámite, salvo ciertas excepciones que se determinan en los artículos V y VI del Convenio.

El tercer y último sistema de normas se refiere a las reglas aplicables al fondo de la controversia, y a la necesidad de que se motive la sentencia salvo caso de dispensa y a las causas de nulidad de la misma.

El principio de libertad que informa el Convenio resalta en la regulación del primer punto. Las partes, según su criterio podrán determinar de común acuerdo, la ley aplicable, al fondo de la controversia. Si no existiere tal acuerdo, los árbitros aplicarán la ley procedente según la regla de conflicto que consideren apropiada al caso. En ambos supuestos tendrán en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos mercantiles. Se permite conferir a los árbitros la facultad de actuar como amigables compondores si lo admite la ley aplicable al arbitraje.

D) Ante nosotros surge ahora el sistema de garantías incardinado en el artículo 9º del Convenio de 1961. No es de fácil interpretación y su redacción justifica la habitual censura que se formula contra los textos, mal redactados, de los Convenios Internacionales.

Para intentar una explicación de sus razones causales es menester referirnos al Convenio de Nueva York. Este en su artículo V estableció un sistema taxativo y no meramente enunciativo de los motivos por los que una sentencia arbitral, dictada en un Estado,

puede ver rechazado su reconocimiento y ejecución en otro. Estas causas se distribuyen en dos grupos. El primero está constituido por aquellas que han de ser invocadas y probadas por la parte que se opone al "exequatur" y que no pueden ser admitidas de oficio por el árbitro, es decir, que se concede una virtud sanatoria de tales vicios o defectos a la inactividad de la parte condenada. Ello radica en una filosofía que califica aquellos vicios exclusivamente de interés privado, sin que comprometan otros intereses.

El segundo grupo, al contrario, está compuesto por aquellos defectos que se consideran de mayor entidad, y exceden del poder dispositivo de la parte vencida. Han de ser estimados de oficio, y por tanto sobre ellos ha de recaer la atención del Tribunal, ante el que se pide el reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral extranjera. En este grupo se encuentran las causas siguientes: a) que según la ley del país donde se pide el reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral extranjera el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje, y b) que el reconocimiento de esa sentencia sería contrario al orden público de ese país.

El carácter no obligatorio de una sentencia, por estar impugnada o por haber sido anulada o suspendida por una Autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia, figura en el primer grupo y no en el segundo. Forma parte de los motivos de oposición al reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera, que deben ser alegados por la parte interesada y probada su existencia por la misma. Más dejando estas consideraciones en orden al carácter dispositivo del motivo de oposición y al "onus probandi" inherente al mismo, hay otras consideraciones que parece necesario formular.

A estos efectos es acertado reconocer que si se admite, en otros países, la eficacia de una resolución anulatoria de una sentencia arbitral pronunciada por Autoridad competente en el país en que dicha sentencia fue dictada, o conforme a cuya ley ha sido pronunciada, se está admitiendo mediante una referencia genérica a las resoluciones judiciales una serie de motivos de anulación incardinados en la ley extranjera que a priori no pueden determinarse de modo absolutamente detallado. La racionalidad del precepto radica a los ojos de los autores del texto convencional citado y de los Gobiernos y Parlamentos de los Estados que lo aceptaron, en que existe una esencial conformidad entre los ordenamientos jurídicos de los países en materias arbitrales, y que por tanto las anulaciones de sentencias arbitrales pronunciadas en países extranjeros poseían una fundamentación jurídica, perfectamente incorporada al ordenamiento jurídico del país en el que se plantea el proceso de reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral extranjera. Es posible que existiera una cierta homogeneidad entre los sistemas jurídicos de la mayoría de los representantes de los países que formaron parte del Comité o grupo de trabajo que preparó el Convenio de 1958.

Más cuando tres años después se prepara el texto del Convenio de Ginebra, que trata de revitalizar el comercio internacional entre dos grupos de países europeos en principio, luego también respecto de otros países, aquella "importación" del derecho extranjero, por vías de sentencia pronunciada en el país de origen, o por sentencia dictada conforme a la ley de dicho país, en cualquier otra sede, no se considera admisible de modo absoluto; es preciso matizarla.

Las razones pudieron ser la compleja oposición de criterios, valores e intereses entre países de economía de mercado y países de economía colectivizada, y la frondosa legislación de derecho público, que en estos últimos asfixiaba las actividades comerciales, ya que se trataba de comercio de Estado. Es superfluo añadir que la frondosa legislación imperativa, resultante de tales concepciones, multiplicaba las nulidades de numerosas operaciones, y el carácter de "contra legem" de muchos actos que en otras partes del mundo eran lícitos y permitidos. Por otra parte los países de economía colectivizada repelían las normas de los países de economía libre.

Ante tan opuestas concepciones, el realismo se impuso. No se podía permitir la entrada indiscriminada en el ámbito jurídico de países de cada grupo, de los principios y reglas jurídicas propios de la cultura jurídica de los países del otro grupo. Era necesario establecer un principio de garantía y limitar las causas en las que una sentencia extranjera tendría valor para impedir que una sentencia arbitral pudiese ser reconocida y ejecutada en un país.

Las diferencias de sistemas aconsejaban esta solución. Felizmente, de la contradicción de intereses y valores, surgió la unificación de las soluciones. Las sentencias de las que tratamos, ya no son la "vía abierta" que el Convenio de Nueva York supone para muchas causas de nulidad. No son ya un motivo más de los varios que contiene el artículo V.1. del Convenio de Nueva York. Se han convertido en el vehículo por que pueden ser tenidos en cuenta solo algunos motivos del referido artículo, que están contenidos en una lista exclusiva y limitativa.

Las sentencias extranjeras de anulación de sentencias arbitrales sólo serían invocables si la anulación se hubiere fundado en las cuatro causas del artículo V del Convenio de Nueva York que se han trasladado al artículo IX del Convenio de Ginebra de 1961, pero que no pueden articularse por más vía que la de la sentencia extranjera, ni esta referirse a más temas o motivos que los expresados.

De aquí la supresión del apartado e) del artículo V.1. del Convenio de Nueva York que dispone el artículo IX del Convenio de Ginebra. El supuesto de hecho de dicho apartado había desaparecido y se había unido a los demás motivos.



En suma podemos decir que el artículo 9.1. del Convenio de Ginebra distingue entre las nulidades de la sentencia arbitral dos grupos claramente contrapuestos. Las que constituyen un motivo de oposición al trámite de reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral extranjera, y las que carecen de tal efecto y no vinculan a Tribunales extranjeros. Las segundas son consideradas como meras denegaciones del reconocimiento y ejecución que no impiden su replanteamiento en otros países y no alcanzan el rango de sentencias anulatorias de la sentencia arbitral, en los términos del artículo IX del Convenio de Ginebra. Existe aquí como dice el maestro David una regla de competencia judicial internacional y se han precisado las causas que justifican la anulación de una sentencia.

Dos puntos quedan aquí para terminar esta exposición del Convenio de 1961.

1º. La determinación del derecho aplicable al fondo de la controversia se reconoce es facultad de las partes. Si no la ejercieren, los árbitros tienen facultad para seleccionar la regla de conflicto que estimaren apropiada y aplicar la ley de fondo que aquella señale. En ambos casos los árbitros tendrán en cuenta las estipulaciones contractuales y los usos mercantiles. Podrán actuar como amigables componedores si tal es la voluntad de las partes y se lo permite la ley aplicable. (Art. VII).

Esta formula ha tenido gran influencia y ha sido inspiradora de muchos textos de reglamentos arbitrales como el artículo 133 del Reglamento de la CCI y el artículo 33.1 del reglamento de arbitraje de la UNCITRAL.

Su texto, que en la redacción francesa no se refiere a la ley, sino "a las reglas de derecho" ha dado origen a una interpretación extensiva que apoyada en el artículo 1496 del N.C.P.C., que se refiere a las "regles de droit", entiende que no es necesario referirse a una ley nacional, sino a una combinación de varios derechos, a los principios generales del mismo, al derecho internacional cuando un Estado es parte, a las costumbres o usos comerciales.

En el lenguaje jurídico francés la mencionada expresión "reglas de derecho" no es equivalente a ley. Por otra parte, se consideran como verdaderas normas jurídicas a ciertas reglas internacionales como son el del efecto suspensivo más bien que destructivo de la fuerza mayor; la obligación de reducir las pérdidas, y la obligación de negociar de buena fe.

Esta opinión ha sido sostenida por eminentes autores franceses. Ha sido reconocida por el Tribunal de Apelación de París en Sentencia de 13.7.1979 que considera justificable, a falta de una razonable competencia legislativa precisa, la referencia a la "lex mercatoria" que es un conjunto de principios y usos de comercio (Compañía Valenciana de Cementos v. Primy Coal Incorporated). El problema de la existencia y aplicación de la referi-

da "lex", ha motivado diferencias en la doctrina y en la "praxis" del arbitraje internacional. Algunos países la han admitido. Así ocurre en Francia y Suiza y algunos más; otros difieren de este criterio.

La consideración de esta cuestión ha de detenerse aquí pues está relacionada con la investigación sobre la ley aplicable al fondo del litigio que es materia situada "ultra limes" de este estudio.

La última cuestión a la que quiero referirme aquí es la relativa a los "usos de comercio", que "habrán de tenerse en cuenta", por los árbitros al resolver, conforme al texto del artículo 7.1. del Convenio de 1961. Hay que reconocer que la fórmula resulta confusa. Dos soluciones se abren a nuestra consideración. La primera entiende por "tener en cuenta" a los usos, el emplearlos como instrumento auxiliar o subsidiario. Otra solución es la de considerar que en ciertos usos puedan alcanzar un valor de reglas generales, aunque desprovistas de nacionalidad, y por tanto pueden fundar una resolución arbitral. Ello nos llevaría de nuevo al terreno de la "lex mercatoria" que ha quedado vedado a nuestro actual discurso por razón de la estructura y límites de este estudio.

El artículo 1496 del NCPC francés acoge la solución amplia y la jurisprudencia y la doctrina la han desarrollado y han hecho importantes declaraciones. Diremos aquí para terminar esta cuestión que es materia muy estudiada en sus diversos matices como los relativos a la supresión de la frontera entre usos y costumbres, la distinción de las diferentes clases de usos y la invocación indistinta por los árbitros de los principios y los usos, no diferenciándolos en ocasiones. La realidad de las prácticas del comercio internacional permite identificar una serie de principios, cláusulas y usos de evidente carácter general. La doctrina francesa sostiene que si bien existen usos sectoriales o especializados, la noción propia del uso de comercio rebasa estos estrechos límites de los usos profesionales, de tal manera que los usos aplicables por el árbitro, son los que con carácter general ha originado la práctica del comercio internacional.

En resumen el artículo 9 del Convenio de 1961 es una de las disposiciones innovadora del Convenio. Ha inspirado el artículo 33.1 del reglamento de la UNCITRAL y el Reglamento de la CCI (artículo 13.3.) y otros muchos. Su estudio no está dentro de los límites de esta investigación.

Sección XII. El Convenio de Washington de 18 de Mayo de 1965.

A) Los programas de inversiones en los países en vías de desarrollo, tienen sus inci-

dencias jurídicas. La especialidad de estas consiste en que siempre se enfrentan un Estado y una empresa o particular que ha hecho las inversiones.

El volumen de estas y las circunstancias apuntadas, llevaron a la constitución de un centro de resolución de reclamaciones de esta clase que diere seguridad y confianza a las partes. Las técnicas a emplear eran la conciliación y el arbitraje.

Este centro se denominó C.I.R.D.I. (Centro Internacional para la Resolución de Diferencias relativas a Inversiones). Es un organismo relacionado con la Banca internacional para la reconstrucción y desarrollo (B.I.R.D.). Fué creado por el Convenio citado. Está administrado por un Consejo y una Secretaría General. El Consejo se compone de un representante por cada Estado contratante. El Presidente del BIRD es de pleno derecho Presidente del Consejo Administrativo del Centro.

Este tiene por objeto ofrecer medios de conciliación y arbitraje para resolver las controversias entre los Estados contratantes, y los nacionales de otros Estados también contratantes por razón de las inversiones que estos últimos hubieren realizado en el territorio de los primeros.

Los procedimientos que ofrece este Convenio Internacional son de dos clases. El de conciliación, y el de arbitraje en sus dos variantes de arbitraje de derecho y arbitraje "ex aequo et bono". A estos efectos forma una lista de conciliadores y otra de árbitros.

B) Dejando aparte el procedimiento conciliatorio por no revestir ninguna característica especial, concentraremos nuestra atención en el procedimiento arbitral, escogido como vía razonable de resolución de controversias de la clase apuntada.

Una vez más la institución del arbitraje revela su vitalidad y eficacia. Los datos iniciales del problema no eran fáciles de asumir y de integrar. Los Estados en vías de desarrollo no aceptan fácilmente ser juzgados por los Tribunales de Justicia de otro Estado, y menos por el Estado al que pertenezcan los inversores. Si la reticencia se presenta cuando se trata de someter controversias entre diferentes Estados al Tribunal de Justicia Internacional, aumenta la reacción de rechazo cuando se trata de conflictos que las enfrentan con simples particulares. No es fácil hacerles comprender, que esta vía jurisdiccional no es un privilegio extraordinario concedido a extranjeros que operan en su territorio, del que no se benefician sus ciudadanos. Por otra parte la Administración y la Justicia de muchos Estados del grupo citado son sospechosos para los inversores extranjeros que no aceptan someterse a ellas.

La solución se encontró en la creación de un organismo internacional administrado por todos los Estados interesados, con árbitros neutrales y especializados que resolviesen

las diferencias como Tribunal arbitral. Ese carácter de justicia no estatal y de justicia flexible y rápida que atiende a la esencia de las cuestiones hizo su camino entre las ideas de muchos pueblos y sus Gobiernos. Así se firmó el Convenio de Washington que ha obtenido gran número de adhesiones; así nació el CIRDI relacionado con el Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo (B.I.R.D.).

La competencia del CIRDI se extiende a las controversias de orden jurídico surgidas entre un Estado contratante, y el particular que ostente la nacionalidad de otro Estado contratante, y que tengan relación directa con una inversión económica, siempre que ambas partes estén conformes en someterla al CIRDI para su resolución (artículo 25 de convenio).

Con ocasión de la ratificación, aprobación o adhesión del Convenio o en cualquier otro momento los Estados contratantes pueden manifestar al CIRDI las cuestiones que pueden ser sometidas a dicho centro.

No se trata de un arbitraje obligatorio sino voluntario, según se ha dicho. Pero es una vía excluyente de otras. Salvo estipulación en contrario la conformidad con el uso de este arbitraje es considerada como renuncia a cualquier otro procedimiento.

Este se inicia por medio de un escrito en el que se identifica a las partes y a la controversia y se acepta la aplicación del correspondiente reglamento arbitral del Centro para la resolución de aquella.

Los árbitros serán uno o varios, pero siempre de número impar y nombrados por las partes. Si estas no lo hubieren acordado, el Tribunal se compondrá de tres árbitros. Cada parte nombra el suyo y el tercero que será el presidente del Tribunal, se nombra por los otros dos. Si la Constitución del Tribunal no se hiciera dentro del plazo de noventa días, el Presidente del Centro, a instancia de la parte más diligente, proveerá al nombramiento de los árbitros que deben ser de nacionalidad distinta a la de las partes.

Como regla general la mayoría de los árbitros deben ser de nacionalidad neutral. Esta regla puede ser excluida por acuerdo de las partes. Pueden elegirse árbitros que no estén incluidos en la lista del Centro. Pero habrán de constar en la misma, si son designados por el Presidente del CIRDI.

Las reglas de derecho aplicables a la controversia son las designadas por las partes. Si no existiera acuerdo se aplica el derecho del Estado parte en la controversia (incluidas las reglas de conflicto y los principios del derecho internacional). El Tribunal puede actuar "ex aequo et bono" si las partes están conformes con ello. No puede negarse a resol-

ver bajo pretexto de silencio u oscuridad del derecho aplicable.

Ha sido valorada críticamente de modo contradictorio la cláusula del convenio — antes trascrita— respecto del derecho aplicable al fondo de la controversia. Para unos concede primacía al derecho del Estado, parte en aquella, pues con negarse a todo acuerdo, la cláusula del Convenio decide se aplique su propio sistema jurídico. La afirmación es cierta para el caso en que antes del arbitraje no se hubiere pactado otra cosa. Pero nada se opone a que cuando se pacte el contrato —momento en el que el inversionista tiene normalmente más fuerza contractual— se pacta la sumisión del mismo a otras reglas de derecho. En todo caso si no existe conformidad en que se aplique el derecho del Estado en el que se invierte, habrá que estipular otras cosa en el contrato básico, antes de que surja la controversia. Después de surgida ésta y antes de iniciarse el arbitraje es costoso llegar a una solución. No parece fácil llegar a un acuerdo en el momento en que se está en desacuerdo y con una regla que da preeminencia al derecho del Estado que es contraparte.

Según dije antes, una especialidad de este arbitraje es que parece no plantear cuestión alguna sobre las reglas procesales que han de aplicarse. Estas están contenidas en la Sección tercera del Capítulo IV del Convenio y en el reglamento de arbitraje aprobado por el CIRDI, y que estuviera en vigor en el momento en que ambas partes han consentido en el arbitraje. Naturalmente esta no es una regla imperativa; pueden las partes proveer de otra manera. No debe olvidarse sin embargo que el "peso institucional", la "dinámica del procedimiento", en otras palabras, lleva a que se aplique el reglamento del Centro, toda vez que el escrito inicial del procedimiento debe hacer constar entre otros datos —según el artículo 36.2. del Convenio— la conformidad de las partes con que se aplica al arbitraje el reglamento de procedimiento aprobado por el Centro. Por eso digo que no parece plantear este arbitraje cuestión alguna sobre esta materia, que tuvieren que resolver los árbitros frente al desacuerdo de las partes o su silencio. Aquí hay una indicación precisa. Se aplica, salvo acuerdo en contra el reglamento de procedimiento del Centro. La naturaleza de las cuestiones a resolver y la de las partes que intervienen y que pueden vivir a un ritmo diverso del de los países occidentales, lleva a dictar algunas reglas moderadoras de las consecuencias relativas a la rebeldía o inactividad de alguna de las partes. En primer término esta conducta no puede ser interpretada como allanamiento. No hay fases preclusivas cerradas, por una presunción de esta clase, ahora bien, este criterio tiene un límite, si una parte es rebelde o inactiva durante todo el procedimiento y la otra parte pide que se dicte sentencia, el Tribunal concede a la primera un plazo extraordinario de gracia, a menos que tuviere la convicción de que no comparecerá ni actuará procesalmente.

La sentencia arbitral debe estar motivada; se aprobará por mayoría de votos de los miembros del Tribunal. Cabe la redacción de voto particular.

Contra la misma puede interponerse una petición de aclaración o interpretación de su texto. Puede asimismo interponerse un recurso de revisión por descubrimiento de un hecho trascendental ignorado por el Tribunal, o por la parte recurrente antes del pronunciamiento de la sentencia, siempre que la ignorancia de esta no fuera culpable.

El recurso de anulación de la sentencia puede fundarse en los siguientes motivos: a) Defectuosa constitución del Tribunal; b) Exceso manifiesto de poder por parte del mismo; c) Corrupción de un miembro del Tribunal; d) Incumplimiento grave de una regla de procedimiento, y e) Ausencia de motivación de la sentencia.

La especialidad de la tramitación de este recurso está en que conoce del mismo un Comité de Arbitros, designado "ad hoc" por el Presidente del Centro y que tiene facultades para anular total o parcialmente la sentencia.

Pero el Comité, si acuerda la nulidad de la sentencia, no tiene facultad para dictar otra en su lugar. En tal caso y una vez anulada aquella, la parte más diligente puede pedir que la controversia se someta a un nuevo Tribunal designado conforme a las cláusulas del Convenio Internacional. El Comité tiene aquí un "ius rescindens" pero no un "ius rescissionis".

La terminología empleada aquí desborda los marcos ordinarios procesales. Que un Comité de Arbitros y no un Tribunal Arbitral dicte una sentencia anulatoria de otra acordada por un Tribunal arbitral, parece demostrar que estamos más bien ante una cuestión de terminología. La facultad de dictar sentencias es más propia de un Tribunal arbitral. El concepto de Comité es más bien político o administrativo y es equivalente a Comisión. También se usa en el derecho de Sociedades. En todo caso viene a significar un órgano al que se ha dado comisión o encargo de hacer algo. Aquí el Comité de Arbitros no recibe su competencia de ningún otro órgano, sino directamente del propio Convenio Internacional. Pudiéramos concluir que ha sido más bien la dificultad de denominarlo Tribunal Arbitral la que ha conducido a esta descentrada denominación. Un dato digno de realzarse, es que en el artículo 52.3 del Convenio, no se dice expresamente cual es la clase de resolución que dicta el Comité de Arbitros. La razón natural nos lleva a pensar que si se anula una sentencia, la resolución anulatoria debe tener el mismo rango. El texto comentado tiene inserto en su texto la misma opinión. Sus creadores lo han dicho habilidosamente de un modo tangencial. El artículo 52 del Convenio, en su párrafo 4, declara aplicables una serie de artículos. Entre ellos está el 48 que está incardinado en la Sección 4ª cuya rúbrica es "de la sentencia". El párrafo 2 de aquel dice que la sentencia se formula por escrito y será firmada por los miembros del tribunal que se pronunciaren a su favor.

Estamos pues ante un Comité de Arbitros que dicta sentencias de nulidad de sentencias arbitrales. Hay que reconocer que las sutilezas y matices de los Convenios Interna-

cional alcanzan niveles poco corrientes.

La sentencia dictada por el Tribunal arbitral es obligatoria para las partes. No puede interponerse contra ella ningún otro recurso, salvo los regulados en el Convenio. Cada Estado contratante reconoce a tales sentencias como obligatorias y garantiza la ejecución en su territorio de las obligaciones dinerarias que se impongan en ellas, como si se tratase de una sentencia definitiva, pronunciada por un Tribunal propio: la ejecución de la sentencia se hará conforme a las normas de ejecución de sentencias en vigor en el Estado en que se solicite.

Se dice que todo ello no puede interpretarse como excepción al derecho vigente en un Estado, relativo a la inmunidad de ejecución de dicho Estado, o de un Estado extranjero.

Sección XIII. Otros Convenios Internacionales.

A) Haré una breve referencia al Convenio europeo sobre la Ley uniforme de arbitraje, de 29 de enero de 1966, que sólo ratificó Bélgica; al Convenio de Moscú de 29 de mayo de 1972 relativo al arbitraje de los litigios contractuales entre las organizaciones económicas de los países situados más allá del telón de acero. Citaré asimismo el Convenio interamericano de Panamá de 1975 que es una adaptación del Convenio de Nueva York antes estudiado. Se remite a las reglas de procedimiento de la Comisión interamericana de arbitraje comercial, que adoptó el reglamento de CNUDCI o UNCITRAL con algunas adaptaciones. Este reglamento es aplicable subsidiariamente al menos en todos los arbitrajes sometidos a este Convenio, según la opinión de los especialistas.

Por último me referiré al Convenio de Amman, de 14 de abril de 1987, que creó un centro de arbitraje comercial de los países árabes cuya sede está en Rabat. La competencia del centro se deriva de un convenio arbitral en el que así se acuerde, y siempre que una de las partes sea nacional de un Estado al que se aplique el Convenio. Sólo cabe un recurso de anulación de la sentencia, ante el propio centro. La ejecución de aquellas corresponde al Tribunal Supremo de cada Estado. Sólo se puede denegar la ejecución por el motivo de ser contraria al orden público.

Prescindo por razones de brevedad de los Convenios bilaterales.

B) Otros instrumentos facultativos de Derecho público.

Aquí debo hacer referencia a los diversos reglamentos emanados de las Comisiones de las Naciones Unidas, entre ellos están el referido a Europa de 10 de mayo de 1963; el referido a Asia y el Extremo Oriente (CEAEO) de 1966; el relativo al arbitraje "ad

hoc" (CEE/ONU) para ciertas categorías de productos agrícolas perecederos y el reglamento de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho comercial internacional de 28 de abril de 1976. Constituye un reglamento de arbitraje para utilizarlo a título voluntario, en los arbitrajes "ad hoc".

Su aplicación se produce cuando las partes lo han acordado en el convenio arbitral. Su campo de aplicación queda reducido ya que sus reglas se subordinan en caso de conflicto a las disposiciones imperativas de la ley aplicable al arbitraje (artículo 1.2.). Estamos aquí ante una doctrina reduccionista. El criterio seguido por los Convenios internacionales y las leyes nacionales modernas es el de la autonomía procesal del arbitraje.

C) La ley tipo de la Uncitral.

Por último citaré la Ley tipo de la CNUDCI o UNCITRAL de 21 de junio de 1985, cuya finalidad es la de atenuar las diferencias entre las leyes de los diversos países, reconocer la libertad de las partes en la organización del procedimiento arbitral, asegurar un procedimiento equitativo y constituir unos sistemas de apoyo a la instancia arbitral.

En cuanto a las reglas aplicables al fondo de la controversia se dispone que el Tribunal aplicará las "reglas" de derecho escogidas por las partes. Estas son por tanto absolutamente libres para escoger, bien una ley, bien "reglas de derecho", lo que implica pueden invocar reglas referidas a los diversos sistemas nacionales, comprendiendo entre ellas las que resultan de los usos de derecho, o de los principios generales del mismo. (De Boisseson ob cit. pag. 463). Aquí conviene recordar que este sistema ha sido recogido por el artículo 42 del Convenio de Washington de 1965 y por el artículo 1496 del NCPC francés.

Es muy importante señalar que los Estados que desde 1985 han acometido la tarea de renovar sus leyes relativas al arbitraje, han tenido en cuenta esta ley, y se han inspirado en la misma en mayor o menor grado. Incluso el texto del proyecto de ley ha sido incluido en bloque en algunos sistemas jurídicos (Ontario, California).

La doctrina francesa lamenta que en la definición del arbitraje internacional no se hayan seguido las modernas concepciones sino los criterios del Convenio de las Naciones Unidas sobre los contratos de venta internacional (Convenio de Viena de 1980). En consecuencia, y según este texto facultativo, el arbitraje es internacional si las partes de un convenio arbitral tienen su establecimiento en Estados diferentes o si el lugar donde se celebra el arbitraje o está situado fuera del Estado en el que las partes tienen dichos establecimientos. En cuanto al dato de la comercialidad nos recuerda De Boisseson, que la ley modelo contiene una nota por la que se recomienda una interpretación amplia del concepto a fin de comprender todas las modalidades del comercio internacional.

Con relación a las tres cuestiones esenciales que constituyen el objeto de este estudio, la ley-tipo analizada se caracteriza:

a) En cuanto al convenio arbitral. Se reconocen, atribuyéndoles igual valor, al compromiso y a la cláusula arbitral, incorporada al texto de un contrato.

El convenio arbitral debe ser concertado por escrito. Caben dentro de este concepto, además del documento en que así se acuerde y se firme por las partes, otras formas de intercambio de documentos unilaterales, referidos al mismo convenio arbitral, ya fueren cartas, telex, telegramas o cualquier otro medio de telecomunicación que acredite la existencia de aquel. También se admite como justificación del convenio arbitral la alegación en la demanda o en la contestación, de la existencia de tal convenio, siempre que no fuere contradicha por la otra parte.

La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria tiene el valor de un convenio arbitral, siempre que el contrato referido conste por escrito y que la referencia constituya a la cláusula arbitral como parte del contrato en el que aquella se hace. (artículo 7º).

Se reconoce la excepción de arbitraje que se alegue oportunamente ante el Tribunal que conozca de un litigio. Se permite que el proceso arbitral continúe cuando se hubiere acudido por alguna parte al Tribunal del Estado y puede dictarse sentencia por el árbitro esperando a que el Tribunal indicado resuelva.

La solicitud de medidas provisionales formuladas ante un Tribunal antes de iniciar o durante la tramitación de un procedimiento arbitral no es incompatible con el convenio arbitral.

b) En cuanto al arbitraje de equidad. El Tribunal arbitral puede resolver "ex aequo et bono" o en calidad de amigable componedor si las partes le autorizan expresamente. En otro caso se aplica la ley designada por las partes o la señalada por el Tribunal según la regla de conflicto que considere aplicable (artículo 28.3).

c) En cuanto al orden público. La sentencia arbitral puede ser anulada en virtud del correspondiente recurso si es contraria al orden público del Estado. Es motivo a apreciar de oficio. Por otra parte el reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral cualquiera que fuere el país en el que se dictase puede negarse por razones de orden público. También es motivo a apreciar de oficio. (Artículos 34.2.b. apartado ii; y 36.1.b. apartado ii).

CAPITULO PRIMERO

EL CONVENIO ARBITRAL

SUMARIO

Sección I. Una aproximación a las ideas principales.

A) Su noción. B) Sus modalidades. C) La naturaleza común de estas; sus diferencias adjetivas. D) El carácter instrumental del contrato de dación de arbitraje.

Sección II. La capacidad requerida para concertar un convenio arbitral. Referencia a las leyes personales.

Su inexistencia como causa de denegación del reconocimiento de la Sentencia.

Sección III. El consentimiento y los vicios del mismo.

Sección IV. Condiciones necesarias para la validez de la cláusula arbitral en el comercio internacional.

A) La elección de un método expositivo que sirva de centro ordenador de la exposición. La elección del sistema francés. Las razones que la fundamentan.

B) Los convenios arbitrales patológicos, incompletos o imperfectos.

C) Los efectos del convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional. a) En cuanto a los árbitros. b) En cuanto a las partes. c) En cuanto a las partes no firmantes del convenio. a') Casos de representación. b') La representación imperfecta; la estipulación a favor de terceros. c') Las sociedades de un mismo grupo; 1º. La presunción de aceptación tácita del convenio; 2º. La formulación de este criterio en las resoluciones de la C.C.I. 3º.- La unidad económica del grupo de sociedades; 4º.- La intención de las partes. 5º.- Jurisprudencia; d) la intervención de terceros en el arbitraje. Examen del problema y de sus posibles soluciones. e) La transmisión del contrato principal.

Sección V. La autonomía de la cláusula arbitral según los Convenios internacionales.

A) El Convenio de Nueva York de 1958.

B) Análisis de su texto. La autonomía del convenio o pacto arbitral. Su neutralidad en cuanto al fondo.

C) La naturaleza de las obligaciones asumidas por las partes. Se trata de obligaciones de "hacer". Las consecuencias de su incumplimiento. El Convenio de Nueva York; su artículo II.

Sección VI. La autonomía del convenio arbitral según el Derecho francés.

A) La evolución del régimen jurídico de la cláusula compromisoria. De la prohibición absoluta al régimen de admisión condicionada a las operaciones de comercio internacional.

B) De su calificación como mera cláusula integrante de un contrato, al reconocimiento de su autonomía. El caso Gosset. La Sentencia del Tribunal de Casación de 7 de mayo de 1963.

C) Análisis del caso. Las dos consecuencias del fallo. La opinión de Motulsky. La inmunidad del convenio arbitral frente a las nulidades del contrato principal; la posibilidad de que se rija por una ley distinta y peculiar.

D) La culminación del proceso. La proclamación por los Tribunales franceses de la absoluta independencia de la cláusula arbitral de toda referencia a una ley estatal en contratos internacionales. El asunto Menicucci c. Mahieux. El descubrimiento de una regla material de Derecho internacional privado. El Nuevo Código Procesal Civil (NCPC); su coexistencia con la doctrina jurisprudencial expuesta. El texto de la exposición de motivos del Decreto que promulga la reforma de 1981. El artículo 1493 del NCPC reformado.

Sección VII. La interpretación de la regla de validez del convenio arbitral según el Derecho francés.

A) El caso Hecht. La Sentencia del Tribunal de Apelación de París de 19.6.1970

sobre la autonomía de la cláusula arbitral. Las opiniones de Goldman y de Lerebourg Pigeonnière; su referencia a la "lex mercatoria". La reacción de Franceskakis. Mi opinión sobre este punto.

B) La posibilidad de que pueda regirse por ley distinta a la señalada por el contrato principal: La Sentencia de 25.1.1970 en el caso Quijano, Agüero y otros C. Marcel Laporte. La aplicación de esta regla según los casos contemplados por la jurisprudencia.

Sección VIII. Las reglas que atribuyen competencia a los árbitros para conocer de las cuestiones que se refieren a su propia competencia.

A) La razón de ser de esta doctrina. La protección del arbitraje frente a impugnaciones de la competencia del Tribunal arbitral, lo que produciría que el arbitraje quedase pospuesto al final de una vía judicial.

B) El artículo 1466 del NCPC; su referencia al Derecho interno. La aplicación de la misma regla al arbitraje internacional aún no existiendo norma positiva "ad hoc". Su formulación por la jurisprudencia. Su confirmación, como antes dijimos, por la exposición de motivos del Decreto de 12.5.1981 que promulgó la reforma del sistema francés en materia de arbitraje. La formulación expresa de tal principio por la Sentencia del Tribunal de París de 4.5.1988 y otras resoluciones judiciales. La naturaleza de este principio como regla de Derecho Internacional. El artículo 5.3 del Convenio de Ginebra de 1961. La ley tipo de la UNCITRAL de 21.6.1985 y el reglamento de conciliación y arbitraje de la C.C.I que recogen este principio.

Sección IX. Una consecuencia especial de la impugnación del convenio arbitral. El papel "residual de la regla de conflicto.

A) La impugnación de la validez del convenio arbitral. Sus efectos. No impide el funcionamiento del Tribunal arbitral. La cuestión a resolver implica la retroacción al momento en el que se concertó la cláusula arbitral. No pueden aplicarse las leyes designadas en la cláusula arbitral, por ello ha de acudir a las reglas de conflicto aplicables. Esta operación se ha llamado el "rol residual" de las reglas de conflicto.

B) La habitual referencia en esta materia a la ley personal de las partes para juzgar acerca de su capacidad. El régimen aplicable al consentimiento y a los vicios del mismo. La

aplicación de las normas que rigen estos puntos en los contratos internacionales. La ley de autonomía. La presunción de identidad de la ley aplicable al convenio arbitral con la pactada para regir el fondo del asunto. Los casos de inhibición de esta presunción. La ausencia de ley de autonomía. La posición del árbitro frente a las reglas de conflicto. La evolución de la doctrina y de la jurisprudencia de la CCI. Referencia al Convenio de Nueva York de 1958 y de Ginebra de 1961. Las nuevas orientaciones del pensamiento científico y de las resoluciones de la CCI. La Sentencia de la Casación Civil de Francia de 25.6.1957.

Sección X. El Convenio arbitral en el Derecho Suizo.

A) Las disposiciones aplicables. La estructura confederal. Sus consecuencias. El arbitraje intercantonal y las dificultades resultantes. La ley Federal de 18.12.1987 sobre Derecho internacional privado; su campo de aplicación. El artículo 176 de la misma.

B) La naturaleza y forma del convenio arbitral. El artículo 4º del Concordato intercantonal. El artículo 178.3 de la Ley Federal. Su naturaleza de contrato de carácter procesal. Otras opiniones. La forma exigible. El Convenio de Nueva York. Su regulación por la Ley Federal antes citada. Su artículo 178.1. Su divergencia frente al Convenio anterior. Discusión doctrinal. Mi opinión personal. La designación de la sede del arbitraje. Su importancia. Diversas formas de hacerla. Sistemas para suplir la falta de designación por las partes. La designación de la sede como presupuesto de la aplicación de la ley Federal. Comparación con el Derecho francés. La ley suiza no exige que exista una conexión de la controversia con ella. Razones que fundamentan este criterio.

C) La autonomía del convenio arbitral El artículo 178.3 de la Ley Federal Suiza. Su finalidad. El convenio arbitral no sigue la suerte del contrato principal en caso de impugnación.

D) Acerca del régimen jurídico aplicable al fondo de la cláusula arbitral El artículo 178 de la Ley de Derecho internacional privado de Suiza. Su necesaria remisión al régimen general de las obligaciones y contratos. Determinación de la materia. Esbozo de una descripción de su ámbito.

E) El control de la validez del convenio arbitral. El artículo 178.2 de la Ley Federal. El uso del concepto de "Derecho" en lugar del de "Ley". Consecuencias de ello, obtenidas por la doctrina acerca de la cuestión de la validez del convenio arbitral sometido al Derecho internacional público o a los principios generales del Derecho. Prosiguiendo el análisis del artículo citado, la validez del convenio arbitral resulta en segundo término expo-

sitivo —no dentro de un orden de preferencias— de si está conforme con el Derecho que rige "el objeto del litigio" especialmente el que rige el contrato principal. Este último puede haber sido designado por las partes o por el árbitro. En último término es válido el convenio arbitral si resulta conforme con el Derecho suizo o lo que es lo mismo con el Derecho de la sede del arbitraje. Las consecuencias de este criterio. El tema de las cláusulas de referencia.

Sección XI. La arbitrabilidad de la materia.

A) Una de las materias más difíciles del arbitraje internacional. Doctrina común de los juristas suizos. El Concordato intercantonal suizo ante las dificultades en esta materia adoptó un regla material, no una regla de conflicto.

Su correspondencia con el artículo 1020.3 del Código Procesal holandés y con el Código Judicial del Reino de Bélgica (artículo 1676). Se afirma el principio de que es arbitrable todo derecho del que las partes pudieran libremente disponer, salvo que por disposición imperativa se atribuya al conocimiento de los Tribunales de Justicia. Dificultades de aplicación de este criterio al arbitraje internacional. La solución del Derecho suizo; la creación de una regla material de Derecho internacional privado. El artículo 177 de la Ley Federal declara que toda controversia de carácter patrimonial puede ser objeto de arbitraje. Su contraste con otras leyes como la Sueca. Las posibles consecuencias de este criterio legal. La denegación de reconocimiento y ejecución de alguna sentencia arbitral suiza en el extranjero. Baja estimación de este riesgo por los juristas suizos.

B) Examen sucinto de la materia arbitrable según el Derecho suizo. La noción de "patrimonialidad" como nota caracterizadora de la materia arbitrable. Su formulación es externa a la Ley. El artículo 177 de la Ley Federal; su interpretación amplia. Limitaciones a este principio. Las "reglas de protección de determinadas clases sociales, incardinadas en leyes imperativas. Discusión doctrinal sobre esta exclusión. El respeto al orden público internacional. La arbitrabilidad de las cuestiones relativas a la propiedad intelectual e industrial y de las que se refieren a las ententes y carteles industriales y comerciales. El orden público extranjero. Discusión acerca del carácter imperativo del artículo 177. El orden público internacional suizo como límite a las interpretaciones amplias. La disciplina del caso relativo a un Estado que concertó un arbitraje y luego lo impugna con base a su propio Derecho. El Convenio de Ginebra de 1961 (artículo 2.1): el Convenio de Basilea sobre inmunidad de los Estados (artículo 12). Las resoluciones de los casos "Galakis, Elf Aquitaine c; NIOC, Fratom c Atomic Energic Organization of Iran se refieren a estas cuestiones de desequilibrios injustificados entre las partes y las cláusulas insólitas. Tanto las cláusulas desequilibradas como las insólitas sólo son válidas cuando se pruebe que la parte afectada las conocía y

aprobaba en el momento de su concertación. El caso Tracomix.

Sección XII. El Convenio arbitral según el Derecho alemán.

A) Su contenido y forma. La unificación conceptual del arbitraje. La calificación del pacto. Su diferenciación de otras figuras y fines.

B) La libertad contractual. La exclusión del ámbito de validez de las cláusulas contractuales cuando se ha ejercido un poder de dominación por una parte.

C) Las reglas relativas a la forma. La distinción entre convenios arbitrales comprendidos en negociaciones comerciales (Handelsgeschäft) y concertados entre verdaderos comerciantes (Volkaufman) y las demás. Los primeros no están sujetos a requisitos de forma; los usos pueden justificar su concertación tácita. En cuanto a los segundos es necesario se produzca un documento separado y firmado por las partes (Z.P.O. Sección 1027). Se admite en todo caso la cláusula arbitral inserta en un contrato.

D) La regulación de la capacidad para la concertación del arbitraje; se aplica el régimen general de los contratos. Caso especial del Estado y de las Agencias del Gobierno Federal y de los Länder.

E) La materia arbitrable. La Ley 25.7.1986 sobre Derecho internacional Privado. La modificación de la Z.P.O. de 1877. La necesaria definición de la materia arbitrable precisando la relación jurídica a la que afecta. La nulidad de una renuncia general a la vía judicial. Excepciones a la regla general de arbitrabilidad. Los alquileres de las viviendas. Las prácticas restrictivas de la competencia. Posibilidad en este último caso de un arbitraje opcional. La razón de la exigencia de un documento separado.

F) Las facultades de los árbitros puede extenderse a la adaptación de los contratos a los cambios de circunstancias fundamentales no previstas. Pueden asimismo completar aquellas cláusulas no cerradas voluntariamente por las partes. Esta función ("filling of gaps" de los anglosajones) puede ejercerse también por medio de la evaluación pericial (Schiedscutachten)

G) La autonomía de la cláusula arbitral.

Identidad de naturaleza de las dos formas de convenio arbitral (compromiso y cláusula arbitral). En ambos casos se trata de un pacto típico, autónomo y distinto de cualquier otro contrato. Su diversa localización no cambia su esencia. La inserción del convenio

arbitral en el texto de otro contrato no altera su naturaleza. La sede documental del convenio es ineficaz para ello. La consiguiente inmunidad de la cláusula arbitral respecto de toda clase de impugnaciones sobre la validez del contrato básico o principal. La necesaria competencia del Tribunal arbitral para conocer de esta clase de impugnaciones que constituyen el objeto o materia propia del arbitraje.

Evolución de las ideas. Del criterio reduccionista del arbitraje al reconocimiento de la autonomía de la cláusula arbitral. La rectificación de la antigua jurisprudencia por el Tribunal Supremo Federal. Su sentencia de 27.2. 1970. El criterio del Comité alemán para el arbitraje recogiendo las ideas modernas y las necesidades de la práctica del comercio internacional. Una acertada observación del profesor Glosner. La lógica lleva conforme a la redacción de la cláusula arbitral, a reconocer la competencia del Tribunal de esta clase en todas las cuestiones a las que aquella comprende. Redactada en términos absolutos atribuye competencia para conocer de las impugnaciones por razón de validez del contrato básico o principal.

La impugnación directa de la validez de la cláusula arbitral. El criterio reduccionista del arbitraje. La opinión de que las cuestiones sobre validez de los negocios jurídicos son exclusiva competencia de los Tribunales ordinarios. Las violentas consecuencias de aquella. La reducción a límites increíbles de la competencia de los Tribunales arbitrales. Su incapacidad de resolver acerca de su propia competencia; su deber de declinar esta ante la mera interposición de una impugnación de la validez de la cláusula arbitral. El lamentable portillo abierto a las maniobras obstruccionistas o simplemente dilatorias. El desprestigio del arbitraje. La reacción de la doctrina. El conocimiento de las exigencias conceptuales insitas en los Convenios internacionales y en el Derecho comparado. La afloración del principio de la Kompetenz-Kompetenz en la Sección 1037 de la ZPO, sin perjuicio de que la resolución arbitral quede sujeta al control de los Tribunales en caso de impugnación.

H) Los efectos del convenio arbitral.

a) Los dos efectos habituales son reconocidos. La válida constitución del tribunal arbitral y la exclusión de la competencia de los tribunales ordinarios.

b) La defensa del convenio arbitral frente a impugnaciones sometidas por alguna parte del mismo ante los Tribunales ordinarios. La excepción de compromiso. Su naturaleza exige sea alegada para que el Juez la estime. No puede estimarla de oficio. Basta con que una de las partes la alegue para que alcance efectividad. Si ambas partes guardan silencio, los Tribunales de Justicia pueden conocer sin dificultad alguna de la cuestión en trámite o resuelta por la vía del arbitraje. Existe pues una cierta capacidad de disposición de las mismas respecto del arbitraje tanto en curso como terminado por sentencia. La Sección

Sección XIII. El convenio arbitral en el derecho italiano.

A) Su forma y contenido.

a) El Codice di Procedura civile y la noción del convenio arbitral (artículos 806 y 808). La necesidad de forma escrita según el derecho interno. Una excepción; la del "arbitrato irrituale", respecto del que no existe precepto que la imponga. No obstante doctrinalmente se entiende que "ad probationem" se requiere aquella por su analogía con el régimen de la transacción. Si afecta a inmuebles o derechos reales sobre los mismos es requisito "ad substantiam" según el artículo 1967 del Codice Civile. La necesidad de forma escrita no exige ni la unidad de acto ni de documento (telegramas, cartas).

b) La cláusula de referencia. Su régimen conforme a la jurisprudencia. Los requisitos exigidos para la validez de quella.

c) La necesidad de que conste "la clara e inequívoca voluntad de las partes. La opinión de Bernini. El artículo 102 de la Constitución italiana; el artículo 1341 del Código civil italiano. Su función depuradora del consentimiento contractual. La eliminación como no consentido de todo aquello que no se hubiese conocido por la parte más débil en el momento de la concertación o que hubiera debido conocerlas usando de diligencia ordinaria. La regla especial aplicable al convenio arbitral. No tiene efecto si no ha sido aprobada específicamente por escrito. Lo mismo ocurre con otras cláusulas que establecieron a favor de la parte que la hubiere preparado determinadas reglas de carácter excepcional. La aplicación de esta doctrina a las condiciones generales de los contratos y a los contratos de adhesión. La distinción entre estos y los contratos tipo. La jurisprudencia sobre estos cuando han sido producto de la colaboración entre las partes. Ello excluye la aplicación del artículo 1341.2. del Código civil puesto que no existe mera adhesión. En este caso la cláusula de referencia es válida. Examen de la doctrina de la Casación italiana sobre la referencia válida a otro documento (relatio perfecta). La Sentencia de 12.2.1968. El caso de los contratos públicos. El laudo arbitral de 30.10.1988 de Bari. La exclusión de tales contratos del grupo de los contratos de adhesión a los efectos de no invalidar cláusulas no específicamente aprobadas por el contratante con la Administración, ya que no se trata de contratación en masa. Mi opinión personal sobre la materia.

d) El régimen aplicable al arbitraje internacional. El artículo II del Convenio de Nueva York. La interpretación de la jurisprudencia italiana. La Sentencia de Casación de

6.7.1984. Criterio amplio en esta materia. Se ha declarado que no es necesario demostrar que se ha concertado el arbitraje pues basta que las partes así lo consideren. La exclusión del arbitraje internacional del campo de aplicación del artículo 1341 del Codice civile y la remisión del régimen sobre esta materia a los Convenios internacionales. Ello lleva consigo la inaplicación al arbitraje internacional de las reglas jurisprudenciales establecidas en atención al derecho interno.

Esta doctrina se aplica siempre que los jueces tengan a la luz de una ley extranjera la completa convicción de que existe una clara e inequívoca voluntad de renuncia a la jurisdicción italiana en favor de los árbitros extranjeros. La admisión en el ámbito del arbitraje internacional de las cláusulas "per relationem". Las Sentencias de Casación de 14.2.1979 y 18.4.1978. Se requiere que el documento al que haga referencia dicha cláusula cumpla los requisitos de validez de la ley aplicable y esté firmado por las partes.

B) La materia arbitrable.

a) Su definición atendiendo al dato de que fueren disponibles por las partes los derechos objeto de convenio arbitral. Los artículos 806 y 808 del Código civil. La nulidad de los convenios arbitrales respecto de otros derechos. El artículo 1966 del Código Civil. Enunciación de las materias excluidas. b) La cuestión de si pueden los árbitros completar las cláusulas de un contrato. La opinión negativa prevalece. No se excluye tal posibilidad pero se estima tiene su sede fuera del régimen del arbitraje. Se realiza por medio de un mandatario (arbitratore) para precisar un extremo dejado ex profeso en blanco por las partes. Puede resolver según su leal saber y entender (arbitrium merum) o según equidad (arbitrium boni viri). Una vía especial. El artículo 1467 del Código civil italiano. El régimen de la excesiva onerosidad de la prestación. Su carácter excepcional. Cuando las partes así lo han expresado, ello excluye al pacto del campo del arbitraje propio o procesal (rituale), y hace que su sede se encuentre en el que corresponde al arbitraje contractual, o arbitraje "irrituale". Divergencias sobre el problema general. La frecuente producción de hechos excepcionales. Las crisis en los negocios resultante de los conflictos armados. La guerra del Canal de Suez y el cierre de este; la guerra del Golfo.

C) La modificación del contrato y la supresión de sus lagunas.

D) Las partes del Convenio Arbitral.

a) Para concertarlo ha de tenerse capacidad para comprometerse en negocios jurídicos que excedan de la administración ordinaria de las cosas. El artículo 807 del C.P.C. La capacidad se regula por la ley nacional. Las Sociedades con personalidad jurídica actuarán conforme a la ley a ellas aplicable y según el juego de poderes resultante de su

estructura orgánica.

b) El arbitraje concertado por medio de terceros. El caso del Estado. La distinción entre los actos realizados "iure imperii" y los cumplidos "iure gestionis". Las Sociedades participadas por el Estado y otros organismos públicos no tienen régimen especial. La cuestión de los arbitrajes compulsorios. La doctrina del Tribunal Constitucional. Se niega que una ley pueda obligar a una parte en esta materia, si no se le garantiza que pueda optar a acudir ante los Tribunales de Justicia.

E) La autonomía de la cláusula arbitral.

a) La distinción entre el contrato principal y la cláusula arbitral a efectos de nulidades. La de aquel no supone la de esta. Conformidad del Derecho italiano con esta doctrina general internacional. El árbitro italiano conserva pues, su competencia para resolver en tales casos sobre la validez del contrato principal.

b) La doctrina del Tribunal de Casación del "manifiesto interés" que exige cuando se impugne por invalidez una cláusula arbitral, que se ejercite simultáneamente otra acción relativa a un derecho material. De otra forma la cuestión se reduce a una teórica declaración de competencia, sin eficacia preclusiva para el Juez que posteriormente entendiere de una cuestión sobre el fondo. La Sentencia de 28.3.1991. La posibilidad de impugnar la cláusula arbitral ante el Juez ordinario, cuando no se ha constituido el Tribunal arbitral. Es aplicable a tal supuesto la doctrina del manifiesto interés, como requisito necesario para la admisión de la demanda.

F) Los efectos de la cláusula arbitral

a) Los efectos habituales. Exclusión de competencia del Tribunal ordinario; competencia del Tribunal arbitral. Protección de estos efectos. La "exceptio compromissi". Momento de su presentación. Si no se hiciere "in limine litis" se entiende renunciada tal excepción.

b) Si el pacto no contiene designación de árbitros ni el método para elegirlos es considerado como convenio preliminar. Deber de las partes de completarlo.

c) La obligación de presentar los "quaesiti". Este documento relaciona las cuestiones a resolver. Se entrega con la petición de arbitraje y con su contestación. Caso de compromiso en sentido estricto, deben estar incluidos en él. Distinta posibilidad cuando existe cláusula arbitral. Su función modificadora o sustitutoria del convenio arbitral según la jurisprudencia. La posibilidad de acceso de un tercero si lo pide y las otras partes acceden. Los motivos de impugnación del convenio arbitral no afectan a los "quaesiti", su presentación, ni al nombramiento de árbitros. La doctrina de la formación de un nuevo convenio por la presentación de

los "quaesiti", el nombramiento de los árbitros, si no se hubiere producido impugnación.

G) El arbitraje irrituale.

a) En proximidad terminológica; sus grandes diferencias de régimen jurídico con el arbitraje procesal o "rituale". Sus diferencias esenciales. Su régimen jurídico externo al C.P.C. El artículo 1322 del Codice Civile. Su carácter contractual impide que la resolución del árbitro produzca los efectos de una Sentencia. Especial carácter del laudo en esta clase de arbitraje. Es un documento contractual que expresa la común voluntad de las partes. Consecuencias del incumplimiento del laudo, la vía judicial ordinaria. Algunas veces se emplea un procedimiento sumario (Decreto ingiuntivo). La Sentencia del Magistrado y sus consecuencias. Examen concreto de una cláusula instituyendo el arbitraje "irrituale". Una nota esencial de la institución. La decisión del árbitro es aceptada de antemano como la expresión de la propia voluntad contractual de las partes. Adquiere el valor de "acto propio". Las diferencias con el arbitraje procesal ("rituale").

b) La definición de su naturaleza jurídica. Diversidad de opiniones. Su calificación como variedad de la transacción; la doctrina que lo asimila a un tipo del "negozio di accertamento". Una definición provisional considerándolo como contrato independiente. Sus notas características. La posición del Tribunal de Casación italiano. La Sentencia de 1.10.1969. Su calificación como un tipo de negocio de "fijación". La inexistencia de una doctrina unánime. Las Sentencias de 14.6.1979 y 8.1.1980.

c) La investigación de la real voluntad de las partes. Métodos para descubrirla. La cuestión de si pueden reconocerse y ejecutarse en el extranjero los laudos pronunciados en arbitraje "irrituale". Opiniones encontradas. La Sentencia del Tribunal de Hamburgo de 19.1.1979 expresión del sistema negativo. La Sentencia de 18.9.1968 del Tribunal de Casación italiano como ejemplo de la solución positiva. Mi opinión personal.

d) La modificación introducida por la Ley 28 de 9.2.1983 en la regulación del arbitraje. Sentido y alcance de la misma. La tradicional dificultad para la ejecución de los laudos italianos en el extranjero. La ampliación del plazo para formalizar y depositar el laudo del arbitraje "rituale"; la opción de los interesados. La atenuación de las diferencias entre ambas clases de arbitraje. Hoy día el laudo arbitral "rituale" puede quedar sin registrar y con valor sólo contractual. La polémica acerca del carácter ejecutivo del laudo "rituale" antes de su registro en la Pretura. Consideraciones acerca de la posible subsistencia del arbitraje "irrituale" después de la reforma del 1982

CAPITULO PRIMERO

EL CONVENIO ARBITRAL

Sección I.

A) Una aproximación a las ideas principales.

El acceso al arbitraje se produce por medio de un convenio especial. Este produce un doble efecto. De una parte excluye la competencia de los Tribunales del Estado; de otra abre las puertas de una instancia nueva integrada por el Tribunal y el procedimiento arbitral. Este último ofrece la peculiaridad de que su fase preliminar se orienta a la constitución del Tribunal arbitral.

La posibilidad de concertar este convenio, implica la atribución a favor de los particulares de una libertad contractual que no siempre ha sido reconocida. Supone también la declaración legal de que las normas atributivas de competencia a favor de los Tribunales estatales no son imperativas, y quedan subordinadas a lo que las partes convinieren. Existe pues, al lado de la libertad de litigar o no litigar que corresponde a los particulares, otra libertad, cual es la de excluir la vía jurisdiccional ordinaria.

Como regla general, en el campo del arbitraje comercial internacional, también podemos decir que no existe arbitraje sin convenio. La forma y contenido de este convenio será objeto de nuestra investigación.

No ignoso los casos de arbitrajes obligatorios por mandato de la ley, o por aplicación de las reglas estatutarias de una Asociación o Corporación profesional, a las que se somete todo miembro de las mismas por el hecho de ingresar en aquellas, y que desde tal momento resultan de carácter obligatorio, aunque el ingreso en tales entidades pudiera ser completamente libre. Sólo quiero decir, al formular las anteriores consideraciones preliminares, que dichos casos no están en el campo de esta investigación, que se refiere exclusivamente al arbitraje convenido voluntariamente. En algún Estado —Italia, como luego veremos— el Tribunal Constitucional ha negado que las leyes puedan imponer un arbitraje obligatorio.

El convenio arbitral está, por tanto, en la base institucional del arbitraje, o mejor dicho en el origen jurídico del mismo. Su peculiaridad se acusa todavía más si consideramos que este convenio, por tener una inicial formulación de carácter procesal, implica nece-

sariamente importantes consecuencias de derecho material, porque su finalidad es la producción de una sentencia sobre el fondo de la controversia.

Inicialmente el convenio arbitral se articula por medio de la institución de una vía o instancia procesal, de carácter singular, y excluyente de los Tribunales de Justicia, a fin de resolver una controversia. Posteriormente por esta naturaleza procesal esta vía o cauce termina en una resolución que afecta al derecho material o sustantivo aplicable a una relación jurídica determinada, resolución que podrá ejecutarse forzosamente, frente al litigante que pretendiere desconocer la sentencia arbitral firme y definitiva. La consideración de su objeto nos permite calificarlo como convenio para la constitución de un Tribunal que resuelva una controversia jurídica.

B) Sus modalidades.

El convenio arbitral puede concertarse de dos formas distintas. Una es la cláusula compromisoria; otra es el compromiso. La raíz de tal distinción conceptual radica en el diferente momento en el que se concertan. Si el arbitraje se concertara antes de originarse la controversia, y se refiere a una determinada relación jurídica y a derechos disponibles por las partes, estamos ante la cláusula arbitral; si, por el contrario, fuera posterior al nacimiento de aquella controversia, estaríamos ante el compromiso.

C) Su naturaleza común; sus diferencias objetivas.

En el derecho moderno se reconoce que ambas modalidades participan de la misma naturaleza jurídica. Así se expresa una de las creaciones jurídicas de derecho positivo más importantes en materia de arbitraje en nuestros tiempos. Me refiero al Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés (N.C.P.C.) que así lo dice en sus artículos 1447 (1), y que ha comprendido tales conceptos en el texto de su título del derecho IV que lleva como rúbrica "Los convenios de arbitraje" (Decreto 14.5.1980).

A la vista de esta expresión plural y de patente sentido genérico, la doctrina francesa afirmó que la llamada cláusula compromisoria, que se incluye en el texto de un documento relativo a una relación jurídica determinada, no es ya un simple pacto accesorio del contrato en que estuviere inserta, sino que constituye un convenio autónomo. Esta situación de enclave jurídico especial y procesal, dentro de otro texto jurídico contractual material, tiene importantes consecuencias que luego precisaremos. Baste decir que tal posición —la del contrato dentro de otro contrato, como se ha dicho con acierto— implica independencia de régimen jurídico y también relaciones de complementariedad con el texto del contrato que trataremos de precisar después. (1).

Se cierra así en el Derecho francés la fase terminal de una larga evolución que tuvo su origen en momentos en los que las cláusulas arbitrales fueron vistas con disfavor e incluso prohibidas. Su redacción genérica y anterior a toda controversia concreta hizo que fueran miradas desfavorablemente. La doctrina actual implica reconocer la extraordinaria eficacia que ha asumido la cláusula compromisoria en la expansión del campo de aplicación del arbitraje y la superación de tales prejuicios.

El momento en el que la concertación de aquella incide, es más fácil, psicológicamente hablando, para concertar las voluntades, a diferencia de lo que ocurre respecto del compromiso. Aquí la diferencia ha surgido. La controversia se ha formulado. El momento psicológico es más duro y poco propicio a ponerse de acuerdo sobre el modo de resolver el desacuerdo y concertar un nuevo contrato. Por el contrario, la cláusula arbitral se produce cuando las partes están de acuerdo sobre la relación principal, y previsoramente convienen un modo de resolver las diferencias que pudieran sobrevenir. La cláusula arbitral es vista como un perfeccionamiento del contrato básico. La diferencia de momento psicológico respecto del contrato de compromiso puede ser muy grande.

Para terminar este análisis inicial, debo decir que según los datos de la experiencia, la extraordinaria expansión del régimen del arbitraje comercial internacional en el siglo XX, es debido a la difusión de la cláusula arbitral. Esta eficacia es debida a la modificación de su régimen jurídico. Hoy día en el Derecho francés, y todos aquellos en los que aquel ha influido, se ha reconocido que cláusula arbitral y el contrato de compromiso tienen la misma naturaleza jurídica. Esta opinión doctrinal se convierte en precepto positivo en el citado Decreto francés de 14 de mayo de 190, cuyo primer capítulo se dedica a la cláusula arbitral o compromisoria; el segundo al contrato de compromiso, y el tercero a las disposiciones comunes a ambas formas de los que hoy se llama con terminología unificadora el convenio arbitral. (El Decreto de 14.5.1980 complementa el anterior y regula el arbitraje internacional).

Aquí, superando las restricciones de una dificultosa tradición jurídica francesa, no sólo se reconoce su unidad esencial o de naturaleza con el contrato de compromiso, y por tanto se eleva al rango reconocido a este, sino que por exigencias del sistema se define la cláusula arbitral por primera vez y por ello el artículo 1442 del Nouveau Code de Procedure Civile define a esta como "el convenio por el que las partes de un contrato se comprometen a someter a arbitraje, los litigios que pudieren originarse con relación a dicho contrato". Se precisa así la diferencia específica que la diferencia del compromiso. Esta radica en su momento de concertación. Es sincrónica con el contrato al que se refiere. Por el contrario el compromiso es definido en el citado Código como "el convenio por el que las partes en un litigio ya nacido, someten este al arbitraje de una o varias personas (artículo 1447).

Modalidades independientes pero de naturaleza idéntica, ambos convenios son reconocidos por el Derecho y alcanzan la misma eficacia y tienen su especial y propio campo de aplicación. Ya no existen dificultades en renunciar por adelantado a la jurisdicción de los Tribunales estatales, siempre que esta renuncia que implica la cláusula arbitral, se refiera a una determinada relación jurídica (2). El antiguo reproche de ser una renuncia general a la competencia de los tribunales ordinarios y por ello rechazable ha sido superado.

Tanto la cláusula compromisoria, como el contrato de compromiso, son "convenios arbitrales". Formalmente tienen una diferenciación clara. La cláusula arbitral es un pacto autónomo, inserto de otro contrato; el compromiso es un convenio exterior o independiente del contrato básico al que se refiere. Aquella es un contrato dentro del contrato; este es un contrato externo al texto contractual que constituye la expresión formal de la relación jurídica básica, que puede ser la fuente de las controversias a resolver por medio del arbitraje. En cuanto a su posición en el curso del tiempo, la cláusula arbitral es sincrónica con el contrato básico, el compromiso es posterior según hemos dicho antes.

Esta diferencia formal no es irrelevante. La relación del compromiso con el contrato básico es absolutamente peculiar e incluso indirecta. Lo prueba el hecho de que es posible concertar un compromiso aunque el contrato básico o inicial se hubiera extinguido por haber llegado su término pactado. También es posible extender su ámbito a cuestiones que no tengan su origen en la relación jurídica básica.

Para concluir con estas notas identificadoras, diré que la eficacia del convenio arbitral, en sus dos modalidades consideradas, radica en el hecho de que es fuente de una obligación de hacer. Este "facere" consiste en el deber de las partes de someterse al arbitraje pactado, cumpliendo todos los actos necesarios para que pueda tener lugar. Su incumplimiento, como ocurre en las obligaciones de esta clase hace que sea posible el cumplimiento por sustitución, bien por el Tribunal arbitral, bien por el Tribunal estatal en funciones de apoyo.

D) El carácter instrumental del contrato de dación de arbitraje.

La cláusula arbitral, a diferencia del compromiso, que como Minerva nace con todas sus armas, puede carecer de algunos datos necesarios para su efectividad. El deber de cooperación resultante de aquella obliga a las partes a completar sus lagunas iniciales.

En todo caso esta cláusula necesita un pacto posterior, por el que las partes designen a los árbitros y estos acepten su designación. Este es el llamado contrato de arbitraje. Por medio de este nuevo pacto, la cláusula arbitral deja de ser un pacto programático y

desenvuelve todas sus virtualidades. Este contrato de dación de arbitraje es un negocio jurídico de derecho privado complementario de la cláusula arbitral.

Cuando esta última contiene la designación de los árbitros, no por ello deja de conservar, para el futuro, su vigencia organizadora del arbitraje, ya que frecuentemente habrá de recurrirse a ella como ocurre en el caso de que los árbitros designados no aceten el arbitraje propuesto o sea necesario acudir al Tribunal de apoyo para la constitución del Tribunal arbitral, porque alguna de las partes no actúa adecuadamente.

Ante el fenómeno cada vez más amplio del arbitraje institucional, las cláusulas arbitrales suelen referirse, en muchos casos, a una determinada institución arbitral. Ello implica que todas las cuestiones expresadas antes, se resuelven por aplicación de los reglamentos de aquellas y en lo que no les correspondiere, por decisión de los Tribunales de apoyo.

De cuanto se lleva expuesto resulta que de la cláusula arbitral se derivan dos relaciones jurídicas distintas aunque complementarias. De una parte el vínculo que une a las partes que conciertan aquella y que establece una serie de obligaciones de conducta, es decir de hacer, para lograr su efectividad; de otra el contrato arbitral entre las partes y el árbitro o árbitros que aceptan en su designación.

La primera relación tiene vigor desde el primer momento; la segunda requiere la aceptación de los árbitros. Algún sector de la doctrina considera que el objeto de la cláusula arbitral es la derogación de la competencia del Juez ordinario y que el del contrato de dación de arbitraje consiste en atribuir a uno o varias personas, en número impar, la facultad de resolver la controversia. (3).

Este análisis trae como consecuencia la necesidad de definir si se trata en este caso de un solo negocio jurídico o de varios. Como derivación se plantea la cuestión de saber si una misma ley puede regir ambas relaciones. De otra parte, aun entendiendo que se trate de pactos distintos, se discute si la cláusula arbitral es sólo un antecedente o referencia del contrato de arbitraje, o si puede tratarse de un negocio jurídico de formación progresiva. Por este arriesgado sendero se llega incluso a pensar si la cláusula arbitral es una mera propuesta al árbitro, que este puede aceptar o no. Si lo hace en este momento se perfecciona el contrato.

Si serenamos el pensamiento y reconsideramos los datos de la cuestión, habrá que considerar como irrefutable la afirmación de la completa validez "ab initio" e "inter partes" de la cláusula arbitral. El pacto inicial, que como motor de su ejecución requiere ulteriores conductas de las partes, y la aceptación de los árbitros, está vigente desde el primer momento. Transformarlos en una mera oferta contractual me parece violentar su naturaleza

de negocio jurídico completo y la voluntad de las partes. Si los primeros árbitros no aceptaran, las partes vienen obligadas a designar de acuerdo otros o acudir a la jurisdicción de apoyo. Esto sólo es posible si el acuerdo inicial —la cláusula arbitral— sigue siendo válida por ser completa esencialmente.

A mi entender aquí la relación jurídica básica, es la cláusula arbitral, que supone la renuncia a la vía judicial y asimismo establece a cargo de las partes la obligación de constituir el Tribunal arbitral. Las incidencias respecto de este extremo se resuelven en última instancia por el Tribunal de apoyo y no pueden ser consideradas como causa de la invalidez del referido convenio arbitral. Tales actividades procesales encaminadas a la constitución del Tribunal arbitral son consecuencia obligada del convenio arbitral. La ejecución de este según dije antes requiere otro convenio, que es de carácter filiar o subordinado al anterior. El contrato de dación de arbitraje, no es elemento constitutivo del convenio arbitral, sino modo de ejecución del mismo. La no aceptación de uno o todos de los árbitros designados, no supone la invalidez del convenio arbitral, sino la necesidad de proceder de nuevo a la designación de otros.

La vinculación entre el contrato principal y el pacto de ejecución del mismo parece requerir en todo caso la aplicación a ambos de la misma ley.

Para finalizar esta exposición preliminar diré que de todo ello resulta que el convenio arbitral, es decir, la cláusula arbitral de la que tratamos aquí es autónoma e independiente del texto del contrato en el que está inserta. No es ningún negocio de formación progresiva y constituye una relación jurídica perfecta y completa desde el primer momento. El contrato de dación de arbitraje es sólo un medio de ejecución de aquella. Este contrato puede concertarse por las partes y los árbitros. Los primeros pueden conferir también su representación a las llamadas instituciones arbitrales a estos efectos.

Sección II. La capacidad requerida para concertar un convenio arbitral.

La naturaleza jurídica del convenio arbitral, que toma origen en el acuerdo de voluntades de las partes, lleva como en todo caso de formación de contrato a la aplicación de la ley personal para la solución de los problemas de capacidad de las partes. Este principio común a los sistemas jurídicos requiere una especificación posterior (4).

Cuando se trata de las llamadas personas morales o personas jurídicas se aplica la ley del país en el fueron constituidas. Según la doctrina francesa se exige que tengan en él su domicilio.

No es materia propia de esta investigación proceder al estudio de las incapacidades que las leyes nacionales establecen. Bastará con decir —según entiendo— que por razón de su origen o fuente se clasifican en legales, que son aquellas que se producen por determinación de la ley y por tanto de modo automático y judiciales (cuando requieren para su declaración que se tramite un proceso de constatación, como ocurre en los casos de alteración de facultades mentales).

La existencia de una incapacidad, según la ley personal de alguna de las partes, es causa de denegación del reconocimiento de una sentencia extranjera (artículo VI.1 a) del Convenio de Nueva York de 1958. La misma causa se recoge en los artículos 6.2. y 9.1.a) del Convenio de Ginebra de 1961.

Cuando se trata de personas jurídicas de derecho público, el análisis se depura y se considera que como son aquellas miembros del sistema estatal de personificación de sus órganos, nos encontramos en esencia con una cuestión de poder, más bien que frente a una cuestión de capacidad. Esta doctrina tiene su origen en una reacción frente a las prohibiciones de someterse a arbitraje que en determinados casos pesa sobre los Estados y otros organismos públicos y que sin embargo conciertan convenios arbitrales y luego reclaman su nulidad.

Las razones intrínsecas que originan tal doctrina, están en la necesidad de sortear la "mala fides" que permita a un Organismo o Entidad Pública quedar inmune de sus obligaciones, al invocar un precepto de su propio Derecho, que le prohíbe someterse a arbitraje sin expresa autorización. Se ha dicho, y se ha aceptado esta opinión en diferentes resoluciones, que cuando los Estados y otros Organismos públicos conciertan contratos relativos al comercio internacional, es decir por razón de las necesidades propias y en condiciones características de dicho comercio internacional, no operan en materias que conciernen a su potestad pública de gobierno, sino desprovistos de tal carácter.

La doctrina tiene una fuerte dosis de lógica, y aún más, de sabiduría. Si el ente público acude al comercio internacional, y en él concierta contratos por razón de sus necesidades, ello no es considerado por la Comunidad internacional ni por los ordenamientos jurídicos de los países afectados por tales operaciones, como actuación propia de un Estado que ejerce sus funciones, porque es principio generalmente admitido que sobre el comercio internacional no tiene jurisdicción exclusiva ningún Estado, y ello resulta más claro cuando aquel Estado se ha sometido a las normas aplicables a tal comercio internacional, y en tal caso ha concertado un convenio arbitral.

Por último cuando se trata del caso en el que una persona actúa por cuenta de otra y concierta en su nombre un convenio arbitral, estamos tratando del alcance de la

representación alegada. En este caso el análisis de los poderes del representante habrá de cumplirse según la leyes aplicables a la Entidad de que se trate, conforme a las aplicables al acto jurídico que da origen al poder que se ejercite.

Sección III. El consentimiento y los vicios del mismo.

Ninguna especialidad revisten en el derecho francés que venimos comentando las normas relativas a esta materia. Se trata de la aplicación de la teoría general o nociones básicas del Derecho. Por su naturaleza estas cuestiones tienen una regulación uniforme en todos los sistemas jurídicos de los países más adelantados. Ello da origen a una praxis que elimina en su tratamiento toda referencia a un ordenamiento jurídico determinado. Así el Tribunal de París (1^{er} supp. 5.5. 1989) ha declarado que diversos principios y métodos de interpretación comunes a diversas legislaciones pueden ser invocados en su caso (5). Este criterio es usado frecuentemente. Los conceptos y las reglas relativas a los efectos de los vicios del consentimiento tienen un alcance universal.

Del examen de la jurisprudencia pueden obtenerse dos principios seguidos para conocer si existe voluntad eficaz de concertar el arbitraje. De una parte el de la interpretación estricta de la cláusula arbitral; de otra el del efecto útil de la misma. El primero es consecuencia de la naturaleza jurídica del convenio arbitral, que es pacto excluyente de la jurisdicción de los Tribunales del Estado. Para que tal eficacia excluyente tenga efecto, ha de justificarse la existencia de una verdadera voluntad de las partes sobre ello, es decir sobre la elección de la vía arbitral. También se requiere que se determinen las relaciones jurídicas cuya patología puede dar origen a litigios que estén regulados por la cláusula arbitral.

Existe hoy día una corriente de opinión favorable a la atenuación de este principio de interpretación estricta del convenio arbitral que se refiere a los llamados contratos consecutivos y a los grupos de sociedades. Ello lleva a determinar la verdadera voluntad de las partes.

En estos supuestos es frecuente se trate de encontrar una relación o conexión de carácter económico entre los diferentes contratos.

Se investiga si los contratos posteriores tienen un carácter accesorio o por el contrario revisten el carácter de pactos con completa autonomía (6). El examen de las condiciones generales de un contrato entre las que se incluye una cláusula reconociendo la competencia de los Tribunales estatales, se considera como una patente renuncia al arbitraje, en

las materias que constituyen el objeto principal aunque luego su ejecución se instrumenta en contratos parciales que no reiteren el convenio arbitral.

El segundo principio de los antes enunciados es el de conceder el "favor validitatis" al convenio arbitral. Se trata de un instrumento que permite a los jueces y a los árbitros desprenderse de las dificultades "literales" de alguna cláusula de expresión "abrupta", y reconocer la eficacia de la esencial voluntad de las partes, que es la de someter la controversia al arbitraje (8).

La doctrina francesa nos advierte que es frecuente su uso no sólo en materia de cláusulas patológicas o incompletas sino además en los casos de grupos de contratos.

No debemos omitir la observación de que existe un importante límite a la general aplicación de esta regla favorable a la eficacia de la cláusula arbitral. Este escollo está constituido por la materia relativa a los vicios del consentimiento que pueden afectarla. Existe aquí lo que se ha denominado el "papel residual" de la regla de conflicto que designe la ley aplicable al convenio arbitral. Esta regla se aplica cuando se invoca una nulidad de la cláusula arbitral por razón de las condiciones de formación del consentimiento. En estos supuestos, conforme a la regla de conflicto, se aplica la ley de autonomía a los contratos y por ello al convenio arbitral, es decir la escogida por las partes y a su texto habrá que atenerse para resolver la cuestión propuesta. Por ello —por ser ley de autonomía— puede ser una ley que rijan exclusivamente el convenio arbitral si las partes lo han determinado así; frecuentemente será la ley del contrato principal.

La CCI ha acogido la doctrina de que el convenio arbitral inserto en un texto contractual puede separarse de todo derecho estatal y quedar sometido a los principios y usos del comercio internacional. Ello supone la aplicación de la misma doctrina que se sigue respecto del contrato principal (9).

En el campo de esta doctrina sobre los vicios del consentimiento, una sutil doctrina jurisprudencial ha separado, por razón de su naturaleza, el régimen de aquellos vicios que no afectan a la persona humana como tal, y no se basan en las características de la misma, sino en las circunstancias de un acto (violencia o error o dolor, por ejemplo) de aquellas otras situaciones, como la menor edad o la demencia, que se fundan en características que están insitas en la persona durante cierto tiempo o toda su vida.

Sobre esta distinción el Tribunal de Casación de Francia ha declarado que por ser la demencia una incapacidad natural debe quedar sometida a la ley personal y no a la ley que regula los actos jurídicos, como ocurre cuando se trata de los vicios del consentimiento. (Casación Civil 25.6.1957).

Para terminar estas consideraciones diré que el Convenio de Ginebra de 1961 dispone que cuando los Tribunales resuelvan sobre la validez o sobre la existencia de un convenio arbitral "deberán atenerse en lo referente a la capacidad jurídica de las partes, a la ley que les sea aplicable a estas y en lo concerniente a las restantes materias decidirán: a) según la Ley a que hayan sometido las partes el acuerdo o compromiso arbitral.; b) No existiendo una indicación al respecto, según la ley del país donde deba dictarse el laudo y c) En defecto de las anteriores, y si en tal momento no pudiese determinarse el país en el que hubiere de dictarse el laudo, se atenderá a la ley aplicable según las reglas de conflicto del Tribunal estatal conocedor del asunto (artículo 6.2.).

He aquí el papel "residual" de las normas de conflicto al que nos hemos referido, que entran a resolver la cuestión con carácter supletorio de la ley de autonomía y de la "lex fori".

Sección IV. Condiciones necesarias para la validez de la cláusula arbitral en el comercio internacional.

A) En lógica consecuencia de lo antes expresado tendríamos que hacer aquí referencia a las diversas legislaciones. En ellas deben comprenderse, como es patente, las reglas de los Convenios internacionales que han pasado a formar parte de cada ordenamiento. Pero en esta materia son de gran importancia las reglas que cada Estado dicta o descubre a través de la doctrina y de la jurisprudencia.

Ante esta realidad y para evitar la acumulación de datos que rompiere la pretendida —y no siempre alcanzada claridad de la exposición— me referiré al sistema jurídico de Francia sin perjuicio de hacer cuanto sea oportuno, referencia a otros ordenamientos.

Siguiendo este criterio metodológico diré que según las afirmaciones del Presidente Bellet y de Mezger el derecho francés del arbitraje se inspira ante todo *"en asegurar el funcionamiento del procedimiento de arbitraje, liberando a las partes de las restricciones contenidas en el derecho interno francés, y también de las que pudieran imponerse por la legislación extranjera, y por otra parte en el propósito de reforzar esa libertad, pasando de la autonomía de las partes (en el sentido del derecho internacional privado clásico que sólo permite escoger la ley aplicable) a una libertad contractual casi absoluta, dentro de los límites del orden público internacional tal como es concebido en Francia"* (10).

Esta proclamación; este manifiesto dirigido no sólo a la nación francesa sino a todos los pueblos, constituye incluso por la brillantez de su expresión, el pórtico introductorio

al estudio de lo que es el moderno concepto del arbitraje internacional. El mensaje se refiere con una técnica antiformalística laudable, no sólo al derecho interno francés, sino a las legislaciones extranjeras. No consagra, sin embargo, el principio de la libertad absoluta en materia contractual, pues la somete a los límites del orden público internacional "tal como es concebido en Francia". Hay aquí una clara referencia a la doctrina jurisprudencial y a través de esta a la investigación de la doctrina científica. Se amplía el campo de acción de la autonomía de las partes afirmando claramente la superación de los límites establecidos por el derecho internacional privado.

Conforme a los referidos postulados se articulan las siguientes reglas:

a) El convenio arbitral no está sometido a ninguna regla obligatoria. No es necesariamente nulo si no designa a los árbitros ni prevé su modo de designación. La doctrina señala que en oposición con el derecho interno francés la fórmula "arbitrage a París" es válida. Ello es resultado de una interpretación esencialista del artículo 1493 del NCPC que dice *"el convenio arbitral puede designar directamente o por referencia, los árbitros o los modos de su designación"*.

Aquí "arbitrage a París" equivale a designar la ley francesa, y en esta se encuentran todas las normas necesarias para la designación de los árbitros y la constitución del Tribunal arbitral.

b) A diferencia del derecho interno en el arbitraje internacional no se exige ninguna forma escrita por la ley francesa. El artículo 1495 del NCPC permite excluir este requisito exigido para el arbitraje interno. El rigor formal de este se aplica cuando no hay pacto sobre esta cuestión. Está contenido en el artículo 1443 del NCPC.

Aquí el derecho francés resulta ser más liberal que el Convenio de Nueva York de 1958, que en su artículo II exige la forma escrita, aunque no requiere unidad de acto, ya que permite se concierte el arbitraje también por medio del intercambio de cartas o telegramas.

Este contraste entre los dos preceptos citados no se opone, según los especialistas franceses, a que su ordenamiento admita la simple comparecencia de las partes ante el árbitro sin que exista previamente un acuerdo escrito. Si las partes invocan o expresan directamente su acuerdo, este se reconoce válido.

Se alega para justificar este criterio que en el artículo VII del Convenio de Nueva York antes citado, se permite a cualquier interesado apoyarse en una sentencia arbitral *"de la manera y en la medida admitida por la legislación o en los Tratados, en los países en los*

que la sentencia es invocada" de ahí que algunos autores entiendan que tal doctrina es aplicable a los convenios arbitrales que constituyen el momento inicial del procedimiento arbitral que culmina en la sentencia.

La doctrina está aquí dividida. Existe aquí un cierto embrollo cuya utilidad me parece discutible. El Convenio de Nueva York no debe ser infringido; por otra parte un criterio prudente no puede admitir la generalización de causas de nulidad cuando lo esencial, es decir, la voluntad de las partes, resulta acreditada. Mi interpretación personal es que la interpretación de dicho artículo del Convenio de Nueva York no debe ser taxativa, sino esencialista, es decir, que exige la prueba del convenio arbitral. Esta debe ser rigurosa. La declaración conjunta de las partes parece ser un medio adecuado. Por otra parte esta declaración de aquellas ante el árbitro puede documentarse por escrito y la cuestión queda resuelta. Así puede decirse que las partes cumplen con el rigor formal del Convenio de Nueva York.

Es distinto el enfoque que puede hacerse de la cuestión atendiendo al Convenio de Ginebra de 1961, en cuyo texto se califican como compromisos o aciertos arbitrales válidos, no sólo a los comprendidos en su texto sino además y en cuanto a las relaciones entre países que no imponen la forma escrita a todo convenio concluido en la forma permitida por sus leyes (artículo 1.2.a).

c) En esta revisión de los temas principales a considerar cuando se medita sobre las condiciones de validez de la cláusula arbitral nos debemos referir ahora a la cláusula que se hace por referencia, es decir la redactada en forma de remisión a otro documento distinto del contrato principal en el que normalmente se incluye.

La doctrina discute si es admitida por el artículo 11 del Convenio de Nueva York. Alguna Sentencia del Tribunal de Apelación de París ha sostenido un criterio afirmativo *"siempre que la voluntad de las partes no ofrezca ninguna duda"* (S 20.1.1987).

En cuanto al Convenio de Ginebra (artículo 1.2.a) antes citado, resulta claro que la cláusula por referencia se admite en determinados casos que comentamos (se refiere a las relaciones entre países cuyas leyes no exijan la forma escrita). Luego volveremos sobre ello.

B) Cuanto llevamos dicho nos lleva al análisis de los convenios arbitrales patológicos, incompletos o imperfectos.

En la práctica hay casos en los que no está expresa de claramente la voluntad de las partes. No aparece la voluntad de someter la controversia al arbitraje formulada de un modo claro. Podíamos decir que el *"iter voluntatis"* no ha llegado a tal nivel y se ha queda-

do a medio camino. Tales convenios se reconducen necesariamente al campo de la conciliación o de la pericia obligatoria. Además algunas veces son meros acuerdos de carácter preliminar con carencias importantes. También aquí se comprenden aquellos por los que se confiere la facultad de designar a los árbitros a una sola parte, lo que es inaceptable, y otros casos análogos.

Ante esta realidad anormal la opinión es unánime. Ninguna de tales estipulaciones puede ser confundida con el convenio arbitral. Existe una numerosa jurisprudencia respecto de ello.

Al otro extremo de esta serie de convenios patológicos se encuentra la zona ocupada por aquellos otros cuyos defectos pueden ser subsanados y por ello permiten acceder al arbitraje.

La jurisprudencia francesa ha procedido aquí con un criterio amplio siempre que estén cumplidos los requisitos esenciales. Ofrece así, una serena faz de la Justicia humana y satisface el buen natural de los verdaderos juristas.

Me referiré a la disciplina de dos casos de la clase apuntada. La cláusula en blanco y el bloqueo de la cláusula arbitral por su complicada redacción.

El primer supuesto, como su denominación sugiere, es aquel en el que tan sólo consta la voluntad de las partes de someter sus diferencias concretas al arbitraje, sin definir la clase del mismo y sin proveer un sistema de designación de los árbitros. El Tribunal de Grande Instance de París declaró válida una cláusula redactada, como ya anteriormente dijimos, de la siguiente forma " *Cualquier litigio que tenga origen en este contrato deberá ser resuelto por arbitraje en París*" (11).

Cuando la cláusula arbitral designa erróneamente o de una manera ambigua a la institución arbitral o a los árbitros, estos y los jueces restablecen su verdadero sentido y corrigen la designación defectuosa. Es muy numerosa la jurisprudencia relativa a la defectuosa designación de la Cámara de Comercio Internacional.

El segundo supuesto está constituido por aquellos sistemas de designación de árbitros, establecidos por las partes, pero con tal cúmulo de complicaciones que resulta relativamente fácil el bloqueo de la situación, producida por una anomalía procesal no prevista. En estos casos la jurisprudencia se orienta por la sana vía de hacer prevalecer la auténtica voluntad de las partes, que pretendieron llegar a la efectividad de la cláusula arbitral. Este fenómeno de autoesterilización de la cláusula se produce también cuando las partes someten la designación de los árbitros a condiciones demasiado definidas y precisas.

En el nuevo sistema francés, el artículo 1493 del NCPC constituye el mecanismo especial de apoyo al arbitraje, encaminado a la resolución de todos los problemas, que pudieran oponerse a la constitución del Tribunal arbitral.

Para ello se ha atribuido al Presidente del Tribunal de Grande Instance de París, unas amplias facultades y que a petición de parte pueda dictar resoluciones por vía de un procedimiento de urgencia (referé).

Sección V. Los efectos del Convenio arbitral en el arbitraje internacional.

Los clasificaremos atendiendo a la persona o personas a los que afectan distinguiendo:

A) Efectos en cuanto a los árbitros.

1.- El Tribunal arbitral una vez designado, adquiere competencia para resolver sobre la controversia y además para resolver sobre las cuestiones que se promuevan respecto de su propia designación y competencia.

2.- Como consecuencia de los anterior, pierden competencia sobre tales extremos los Tribunales del Estado.

3.- Las cuestiones o dificultades que se opongan a la constitución del Tribunal arbitral son competencia de los Tribunales estatales. Especialmente relevante es el caso de los Tribunales de apoyo según el ejemplo francés antes citado. Además los Tribunales del Estado pueden dictar medidas de urgencia o conservatorias de una situación de hecho. Así lo reconoce el Convenio de Ginebra de 1961, que en su artículo 6.4 ha establecido que ello no es incompatible con el convenio arbitral y su eficacia.

B) Efectos en cuanto a las partes.

1.- Como regla general los efectos de la cláusula o convenio arbitral, se producen sólo entre las partes que suscriben el convenio arbitral. La Sentencia de la Casación Civil francesa de 15.11.1958 declaró que una cláusula compromisoria suscrita entre una sociedad, y uno de sus asociados, no era oponible a otro asociado.

2.- El derecho al arbitraje en cada caso concreto tiene un origen contractual. Por ello los terceros ajenos al contrato no quedan sometidos a la cláusula arbitral.

Esta característica esencial del arbitraje, hace que no sea posible pensar en ninguna vía de acceso al mismo por parte de terceros y con carácter vinculante para los árbitros y las partes. Se cierra así la puerta a todo procedimiento de tercería o de llamada en garantía. Los problemas que se originan de la conexión o de la indivisibilidad de la materia litigiosa sólo pueden ser resueltos por la vía contractual, es decir por la estipulación de nuevos convenios arbitrales que legitimen al tercero para entrar en el procedimiento (Sentencia del Tribunal de París 1ª Supp. de 19.12.1986).

C) Efectos respecto de las partes no suscribientes del convenio.

El examen de la doctrina y de la jurisprudencia francesas nos lleva aquí a incluir tres clases de supuestos:

- 1.- Casos de representación. La representación imperfecta. Las estipulaciones en favor de terceros.
- 2.- Casos de sociedades que pertenecen a un mismo grupo.
- 3.- Casos de arbitrajes multipartitos.

a) El primer grupo de casos nos lleva a una distinción fundamental. Junto a las formas normales de representación, existen otras de perfil irregular. Al lado de la representación llamada perfecta, como ocurre en los supuestos de mandato representativo, o de representación legal (caso de los menores de edad o de los incapaces, o de la sociedad por sus órganos), en los que el representado es parte del convenio arbitral, nos enfrentamos a veces con supuestos de representación "imperfecta", constituida fundamentalmente por la intervención del llamado "hombre de paja" (*prête-nom*) y del comisionista que actúa en su propio nombre y negocia y expresa su voluntad contractual, pero que después de que se anuden en él los efectos del contrato, transfiere en secreto, a sus mandantes, los efectos económicos del contrato sin que quienes contrataron con él, los lleguen a conocer.

b) La conocida figura de la estipulación a favor de tercero, plantea una amplia gama de dificultades. A primera vista, y por ser ajeno al contrato, esto es por no reunir la condición de parte, el tercero beneficiario no puede aprovecharse ni quedar obligado por el conjunto de derechos y obligaciones que las partes concertaron. Esta razón imperó durante cierto tiempo. Se declaró en un caso concreto por los Tribunales que el tercero beneficiario no podía beneficiarse de la cláusula arbitral concertada por el estipulante y el promitente. (12). Más esta doctrina no ha adquirido valor general, porque el Tribunal de Casación ha admitido el supuesto que antes negara declarando que es posible la admisión de una cláusula arbitral establecida a favor del tercero beneficiario, pero afirmando que tal

cláusula arbitral sólo puede establecer derechos a favor del tercero pero nunca obligaciones a su cargo (13).

c) En cuanto al segundo grupo de casos resumidos anteriormente, se refieren a los grupos de sociedades. La jurisprudencia ofrece aquí una importante evolución que lleva a la extensión de los efectos jurídicos de la cláusula arbitral. En la base de esta doctrina se encuentra el análisis que permite admitir la posibilidad de la adhesión tácita a un convenio arbitral (14).

Nos disponemos aquí a entrar en un fuerte sistema elaborado por la doctrina y la jurisprudencia y cuyo arco evolutivo representa una importante aportación a la doctrina de la eficacia de las cláusulas arbitrales, enfrentadas ante las mil complicaciones que la vida moderna de los negocios lleva consigo. Siguiendo la investigación del autor citado en la nota anterior, más no por ello sin agregar ideas propias, trataré separadamente de las cuestiones siguientes.

a') La presunción de aceptación tácita del convenio arbitral.

La noción mencionada no ofrece dificultad en un derecho antiformalista, como es el que rige el arbitraje comercial internacional. La voluntad de las partes puede ser expresa o tácita, deducida esta de una conducta expresiva de su voluntad contractual.

Por otra parte la presunción enunciada se impone como concepto idóneo para clarificar numerosas situaciones originadas por la intervención en el comercio internacional de varias sociedades interrelacionadas, y del empleo de varias series de contratos que se coordinan a unos mismo fines.

Cuando una de estas constelaciones societarias interviene en una operación, y designa para la ejecución de la misma, total o parcialmente, a alguna de sus participadas o subordinadas directa o indirectamente, resultaría muy ingenuo considerar que cada sociedad interviniente en el negocio es una entidad separada e independiente, con intereses personales propios y con dirección y administración autónoma. En realidad suele ser un órgano personificado y servidor, con otros más de los intereses económicos del grupo al que pertenece y a cuyo dictado actúa. La doctrina norteamericana del "lifting the corporate veil" ha señalado el camino a los Tribunales para penetrar en el interior de las personas jurídicas a fin de comprobar quienes actúan con mando absoluto en su interior y a que intereses sirven que pueden ser los exclusivos de una persona, familia o grupo y no los propios de una sociedad verdaderamente independiente.

Por esta vía, cuando una poderosa multinacional se encarga a instancias de un

Estado o de otra sociedad, de la instalación a costa del co-contratante de un establecimiento industrial, y suscribe con dicho Estado o Sociedad importantes y solemnes acuerdos que incluyen una cláusula arbitral, y cuando llega el momento de la ejecución de la operación designa como ejecutora de tal convenio —en el que garantiza mediante las cláusulas apropiadas la buena ejecución del mismo— a una sociedad de su grupo, no es posible entender que aquella sociedad cúpula o matriz pueda quedar protegida e indemne de toda responsabilidad y del cumplimiento de la cláusula arbitral que firmó, por razón de alguna cláusula particular pactada entre la sociedad de su grupo designada como ejecutora con su cliente. Si así se entenciere estaríamos en el caso de un litigio que afecta en realidad al grupo de sociedades como organización económica, y que sería tratado exclusivamente como operación concluida únicamente por la Sociedad ejecutora y delegada del grupo y la sociedad cliente. No puede la sociedad matriz, ni el grupo en general, prevalecerse de la interpretación aislada de cláusulas literalmente entendidas, y desligadas del acuerdo general en su conjunto, que es el que rige desde un plano superior la actuación de las diversas entidades que componen el grupo. Las intervenciones de esas sociedades, se producen dentro del sistema global inicial pactado por las partes interesadas. La aparición en las diversas fases de ejecución del proyecto, de una o varias sociedades filiales, no implica la extinción o modificación del convenio concertado inicialmente con la entidad matriz y dominante de todas las demás, salvo que expresamente se hubiere pactado lo contrario y que ello correspondiese a la verdadera voluntad de las partes interpretada de buena fe y de acuerdo con el espíritu y finalidad de la operación convenida.

b') La formulación de este criterio en las resoluciones de la CCI y de los Tribunales.

Este ha sido el caso resuelto por la CCI de París, bajo el número 1434 de 1975. La doctrina está construida sobre los siguientes supuestos.

1.- La unidad económica del grupo de sociedades.

La noción de "grupo de sociedades" se articula por la doctrina alrededor de un dato básico, cual es el sistema de fines perseguidos, de carácter económico o financiero, que buscan por medio de relaciones intersocietarias ventajas económicas, financieras y fiscales. Desde otro punto de vista se atribuye tal denominación a un sistema de relaciones jurídicas establecidas entre Sociedades que suponen una subordinación de las mismas a una sociedad u organismo central que domina y rige a las subordinadas en atención a sus propios intereses y por medios personales, económicos y de poder.

Ahora bien, la doctrina arbitral considera que la existencia de este grupo de sociedades es una condición necesaria, pero no la única que se requiere para aplicar la doctrina de la eficacia del convenio o cláusula arbitral (lo que se ha llamado la oponibilidad del

convenio arbitral). Es menester concurren otros supuestos.

El Tribunal de Apelación de París en 21.10.1983 sancionó esta doctrina (15). Con visión menos complicada la jurisprudencia inglesa y la norteamericana entienden que la mera existencia del grupo produce la extensión a todo él, de los efectos del convenio arbitral concertado por una de las sociedades que forman parte del mismo.

Son ejemplos típicos de esta doctrina las declaraciones de la jurisprudencia americana que afirman "is neither sensible nor practical to exclude the claims of companies who have an interest in the venture and who are members of the same corporate family (16).

En Inglaterra la High Court of Justice resolvió en 6.10.1977 suspender un proceso civil contra una filial atendiendo al hecho de que sobre la misma materia se tramitaba un arbitraje entre la Sociedad cúpula o matriz y su co-contratante, caso Rousset UCLA c. SEARLC.

2.- la intención de las partes:

La aplicación de la doctrina que venimos comentando requiere la comprobación de la existencia de dos hechos: 1º. La existencia de una verdadera intención de las partes en orden a la eficacia de la cláusula arbitral; y 2º. El grado o intensidad de implicación de sociedades diferentes en la operación de comercio internacional de que se trate.

Se ha dicho que la actuación de un grupo no puede encasillarse siempre en un mismo cliché. Se dice que en ocasiones es simplemente un resultado de la división del trabajo dentro del mismo y en este sistema cada sociedad tiene su propia competencia y autonomía. Otras veces, por el contrario, cada sociedad es un mero instrumento, situado con otras en un círculo cerrado alrededor de un órgano central de poder, que es la Sociedad Matriz, en cuyo interior un escondido Comité o Consejo o persona física dirige y coordina la actividad de todas sus filiales. Cada caso es un mundo, y es necesario conocer el "modus operandi" del grupo, es decir su intención e intervención y la de su co-contratante (17).

3.- Jurisprudencia:

Como todas las líneas de razonamiento doctrinal muy matizadas es menester ilustrar esta doctrina con el estudio de casos concretos.

A estos efectos pueden ser mencionados los siguientes:

a) El caso Holiday Inn v. Morocco en el que el Tribunal Arbitral en oposición a las

alegaciones del Gobierno de Marruecos, entendió que las dos Sociedades matrices tenían fundamentadas razones para invocar la cláusula compromisoria con toda amplitud, ya que ellas cumplieron obligaciones concertadas en el acuerdo básico en el que aquella figuraba. El dato fundamental apreciado fué la unidad económica del grupo. El profesor Lalive aclaró que otro argumento esencial para fundar la sentencia arbitral fue que el Tribunal arbitral buscó la intención de las partes y la encontró en el hecho de que las dos sociedades matrices participaron directamente en la ejecución de la operación y por ello les era aplicable plenamente la cláusula compromisoria concertada respecto de aquella (1.7.1973) (18).

b) El segundo caso que traemos aquí a examen es el denominado Isover v. Dow Chemical, resuelto por sentencia arbitral de 23.9.1982, confirmada por Sentencia del Tribunal de Apelación de París de 21.10.1983 de la Primera Cámara suppl, y en la que se rechaza un recurso de anulación interpuesto contra la primera de aquellas resoluciones.

Los perfiles del caso son especialmente atractivos. Una vez más luchan y se oponen los meros formalismos y apariencias y el sentido de una Justicia superior. Sigamos el hilo de los acontecimientos. La sentencia del Tribunal de Apelación declaró el derecho de dos sociedades del Grupo Dow Chemical, entre ellas la sociedad matriz a invocar como demandantes la existencia de una cláusula compromisoria, no suscita por las mismas, pero inserta en el contrato firmado por otras sociedades del grupo respecto de una determinada operación con otra entidad.

Conviene recordar aquí que el Tribunal Arbitral había declarado: 1º.- Que es un hecho indiscutible e indiscutido que Dow Chemical Compañy (USA) posee y ejerce el control absoluto de todas su filiales, las que bien han firmado los contratos en cuestión, bien como ocurre con Dow Chemical France, han participado efectivamente en su conclusión, su ejecución y en su resolución (resiliation en el caso). 2º.- Que el grupo de sociedades posee, con independencia de la personalidad jurídica de cada una de aquellas una realidad económica única, de la que el Tribunal arbitral debe tener cuenta cuando acuerde sobre su propia competencia. 3º.- Que la cláusula compromisoria, expresamente aceptada por alguna de las sociedades del grupo, debe vincular a las demás sociedades que por el papel jugado en la conclusión, ejecución y resolución de los contratos, en los que dichas cláusulas compromisorias figuran insertas, revisten según la común voluntad de todas las partes en el procedimiento, el carácter y condición de verdaderas partes contractuales, como directamente afectadas en primer término por estos contratos y por litigios que de ellos pudieran derivarse.

La doctrina está magistralmente formulada. El Tribunal de apelación de París ha destacado en su citada sentencia de 21.10.1983 que el Tribunal arbitral ha atendido a la común voluntad de las partes, y ha considerado a las dos sociedades demandantes, como

plenas partes en tales acuerdos, aunque de hecho no los hubieren firmado, y que al haber hecho referencia los árbitros a la noción de grupo de sociedades cuya existencia a título de uso del comercio internacional" no ha sido convincentemente impugnada han justificado por ello su competencia para conocer de la cuestión".

Aquí el Tribunal señaló que la ley aplicable para determinar el alcance y efectos de un convenio arbitral internacional no se confunda necesariamente con el derecho aplicable al litigio.

Resumamos brevemente la doctrina. Es otro caso en el que la presunción de autonomía de las personas jurídicas no se impone como absoluta. El análisis de la estructura de poder y de intereses de una sociedad y de su real independencia o sumisión a otras milita contra aquella presunción. Y no sólo tal análisis conduce al resultado expuesto. Concorre aquí la conducta de ambas sociedades que han participado en la conclusión, ejecución y resolución de tales contratos. Esta integración de las actuaciones de todas las sociedades del mismo grupo, lleva racionalmente a que la omisión del hecho material de la firma de la cláusula compromisoria, no puede ser un dato obstativo a la admisión de la plena realidad, según la cual estas dos sociedades de las que hablamos actuaron e intervinieron junto a las demás del propio grupo, en la conclusión, ejecución o la resolución de los contratos referidos.

Sobre esta importante materia, fundada en el antiformalismo de la cláusula arbitral en el campo del arbitraje internacional, existe una importante jurisprudencia internacional cuya densidad impide aquí su estudio. Los Tribunales han usado de diversas calificaciones jurídicas para llegar a formular este cuerpo de doctrina respecto de la extensión de los efectos de una cláusula arbitral en el interior de un grupo de Sociedades. Unas veces se habla de estipulaciones a favor de tercero; otras de ratificación o de mandato aparente, representación, inmisión de una Sociedad en el campo de actuación de otra (19).

En el fondo late la idea de que los grupos de sociedades fuertemente interrelacionados, en capital, en puestos de mando o de poder supremo y en actuaciones concretas, revisten un "status" homogéneo frente a la otra parte que no admite distinguos ni fisuras, ya que su conducta coordinada o delegada de unas a otras, expresa inequívocamente un mismo fin, una misma actuación y por ello una misma voluntad. Constituye una organización común que contribuye a la concertación de pactos aplicables todas ellas.

Ahora bien, esta doctrina tiene un campo específico de aplicación. Quiero decir que el ámbito en el que es aplicable tiene también sus límites. Estos se construyen unas veces por las partes de modo directo y otras veces indirectamente.

La exclusión patente, directa y voluntaria, de la extensión de la cláusula arbitral a otras personas o entidades distintas de los firmantes de aquella, es una causa notoria de inaplicación de la doctrina comentada. Es la patente voluntad de las partes, la que hay que respetar.

En este supuesto se trata de reglas de naturaleza contractual por lo que las partes limitan o excluyen la extensión de la cláusula arbitral a otras personas que no fueren partes contractuales de esta. Una sentencia inédita arbitral, pronunciada por Goldman, Landau y Forni en 30.12.1986, induce de una cláusula de cesión una voluntad de limitar la extensión de la cláusula de arbitraje. Se trataba del caso de una Sociedad que había participado con otra en la concertación y cumplimiento de un contrato en el que se inserta una cláusula arbitral. Posteriormente la primera de dichas sociedades cedió sus derechos y obligaciones dimanantes de tal contrato a otra sociedad, y en el contrato de cesión se estipuló que toda sentencia que fuere pronunciada contra la sociedad cesionaria, sería opuesta a la sociedad cedente. Esta noción o cualidad de poder ser opuesta a la cedente, según el Tribunal arbitral implicaba que esta no podía tomar parte en el arbitraje, incluso en el supuesto considerado que de una sentencia futura pudiese ser invocada en su contra. Se excluye así la doctrina de la extensión de una cláusula arbitral en el interior de un grupo de sociedades. Tal acuerdo de cesión excluye la doctrina de la extensión de la cláusula arbitral que venimos exponiendo.

Las limitaciones indirectas de la extensión de la cláusula arbitral se producen cuando las partes escogen un determinado lugar como sede del arbitraje. Ello trae como consecuencia la aplicación de algunas disposiciones imperativas que dificultan o restringen la extensión de los efectos de la cláusula que comentamos.

Cuanto se lleva dicho demuestra que ha de probarse la voluntad de las partes, y que esta sea favorable a la extensión de los efectos examinados. Ello ha de deducirse de las manifestaciones y acciones de las partes y de las circunstancias que concurren con ellos y los enmarcan. La mera existencia de un grupo de sociedades no justifica para algunos la inmediata admisión del criterio de ampliación de la esfera a la que afecta el convenio arbitral. Esta doctrina exige que se pruebe algo más que tal circunstancia. (20).

Si superamos el horizonte propio de las partes del convenio arbitral, podremos apreciar que los árbitros pueden poner límites a la extensión de los efectos que estudiamos.

Podemos, a la vista de la doctrina jurisprudencial francesa, formular las siguientes observaciones:

1º.- La Société'Swiss Oil Corporation, solicitó del Tribunal arbitral competente que

declarase que la Sociedad Petrograb constituía con el Estado de Gabón, un solo grupo, al que se debía aplicar la jurisprudencia arbitral relativa a la extensión de los efectos de la cláusula arbitral que ha sido objeto de nuestras consideraciones anteriores. La razón estaba en que la Sociedad demandante temía que una sentencia dictada en su favor, no alcanzase fuerza ejecutiva en contra de la República de dicho país africano. Aquí la cuestión dividió a la doctrina. De una parte se afirmó que tal petición era plenamente aceptable, pues no existe diferencia esencial alguna que impida la aplicación de la jurisprudencia arbitral relativa a esta materia en relación con los grupos de sociedades. Otra línea de opinión consideró que la intervención del Estado no es comparable a la de una sociedad matriz o de una sociedad perteneciente a un grupo industrial o comercial (21). Esta opinión parece ser más negativa de lo que es en realidad. No supone un obstáculo absoluto. El rigor aparente de sus formulaciones cede cuando el árbitro solidamente fundado, considere que un Estado debe ser comprendido en el procedimiento arbitral, porque real y verdaderamente ha intervenido de una forma u otra en la negociación y ejecución de un contrato, o por otras razones que demuestren se ha inmiscuido en ello. Lo que en realidad se proscribe en tal doctrina es que de un modo automático la acción del Estado se califique como de la misma naturaleza que las que existen entre las sociedades de un mismo grupo (22). Algún autor da forma más concreta a este principio, diciendo que no es doctrina admisible la de estimar que el control ejercido por el Estado sobre las sociedades en las que participa mayoritariamente, origine necesariamente que las entidades que del mismo dependen son emanaciones de tal Estado (23).

2º.- Si retomamos el hilo principal de nuestro discurso diré que en el procedimiento iniciado por la Sociedad Swiss Oil Corporation, al que antes me he referido, el Tribunal arbitral designado por la C.C.I., desestimó por Sentencia de 3.4.1987 la petición del demandante afirmando que "la noción de Sociedades es propia del derecho mercantil y que responde al propósito de hacer prevalecer la realidad económica sobre la independencia puramente jurídica de sociedades distintas, pero sometidas a un vínculo o poder de dominación". A continuación afirma que "la organización del Estado y las relaciones que sostiene con las entidades que de él dependen constituyen un fenómeno político perteneciente al derecho público y no pueden asimilarse a las de un grupo de sociedades". Ahora bien, el rigor formal de sus afirmaciones es moderado con consideraciones que dicta la experiencia, porque a continuación se declara en tal sentencia arbitral, —reconociendo así, que lo dicho no es un principio general siempre invocable, sino una presunción—, que es posible que en determinadas circunstancias, ciertas consideraciones relativas a tales relaciones, pudieran llevar a considerar que una sociedad estatal constituida para asegurar la ejecución de un contrato público, concertado por el propio Estado, se encuentra afectada por la cláusula arbitral incluida en aquel contrato, aunque se afirma que en el caso estudiado las circunstancias son distintas por los que se declaró que la República de Gabón era sólo

parte en determinados acuerdos y negociaciones, concertados entre 1979 y 1982 exclusivamente.

3º. La doctrina de esta sentencia fue confirmada por la de 16.6.1988 pronunciada por el Tribunal de apelación de París (24).

En este caso aunque el fallo era negativo, el Tribunal se refirió expresamente a las circunstancias del caso concreto y no rehusó hacer referencia al iniciar su "iter discursivo" a la doctrina de los grupos de sociedades, admitiendo la posibilidad de que un Estado se inmiscuyere en una operación litigiosa, declarando que ello no resultara probado en el caso.

Con ello el Tribunal nos demuestra que no estamos ante una cuestión de concepto, sino ante una cuestión de límites que consiste en determinar el campo de aplicación de aquellos. Así lo revela paladinamente al decir que "los documentos del expediente no permiten conocer la existencia entre la República del Gabón y la Sociedad Petrograb... relaciones de tal clase que puedan ser consideradas como constituyentes de una unidad económica que justificase la extensión de la cláusula compromisoria a Petrograb".

Podemos concluir de todo ello que esta doctrina jurisprudencial no tiene por finalidad la de crear una regla material de carácter general sobre el fondo de la cuestión, sino más bien establecer un método de investigación que pueda llevar a soluciones de signo diverso, con repercusiones en la aplicación de la carga de la prueba en cada caso concreto.

La lectura de las referidas resoluciones nos deja absolutamente convencidos de que puede prosperar la opinión contraria, si los perfiles del caso concreto le dan el suficiente apoyo. Por consiguiente se centra en la prueba, cuya carga atribuye al demandante, la misión de acreditar que un Estado o una sociedad estatal intervinieron eficazmente en las negociación y ejecución del contrato en el que se pactó la cláusula arbitral.

Una solución más clara parece surgir de dos sentencias del Tribunal de París de 30.XI.1988 y 14.2.1989 en las que se declara que *"la cláusula compromisoria inserta en un contrato internacional, tiene una validez y eficacia propia, que obligan a extender su aplicación a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato y en los litigios que del mismo pudieran originarse, desde el momento en que quede determinado que su posición y actividad hacen presumir que han tenido conocimiento de la existencia y alcance de la cláusula arbitral aunque no hubieren sido signatarias del contrato en el que aquella se estipulase"*.

La doctrina se ha perfeccionado y es más accesible a la aplicación práctica. No cabe duda que el concepto de parte implicada en la ejecución del contrato, como situación distinta a la de "parte signataria" del mismo, es relevante y eficaz para suprimir situaciones ambiguas e impedir properen argumentos habilidosos y quizá de típica "mala fides", postuladores de protección de situaciones marginales de interesados que intervienen o están afectados por la negociación y ejecución del contrato —todo lo cual conocen— pero como no firman creen que así invalidan la eficacia de la cláusula arbitral.

Esta tiene una fuerza expansiva propia de su naturaleza y debe afectar a las citadas entidades, cuando por su situación y actividad pueda presumirse razonablemente que han tenido conocimientos de su existencia y alcance. Existe aquí una indicación respecto de la vía probatoria que hace más accesible, según dijimos, la aplicación de la doctrina expuesta que encuentra su fundamento en una regla material resultante de los usos del comercio internacional. Las resoluciones anteriores a las que comentamos, dejan en la oscuridad la técnica aplicable a la prueba de los hechos; hay aquí una remisión a la doctrina general de la misma. Justo es reconocer que no es fácil obtener pruebas documentales y testificales que demuestren la ingerencia de los órganos administrativos o económicos de un Estado o de una Sociedad constituida por este, en las actividades de negociación y ejecución de un contrato en el que se inserte la cláusula compromisoria. La mayoría de los hechos pueden quedar reservados en despachos o en archivos oficiales a los que el cocontratante extranjero no tiene acceso.

Por el contrario en las sentencias que comentamos, se apunta directamente a la prueba de presunciones, construida sobre la base de la situación y actividades de dichos órganos, que difícilmente podrán sostener que no conocieron las cláusulas de un contrato de gran importancia, concertado con una empresa extranjera para ser ejecutado en su propio país.

Entiendo que ello supone un gran avance. Sin embargo no estaría de más que las Sociedades extranjeras adviertan a los correspondientes Estados —a su organización administrativa— y a las correspondientes Compañías estatales que intervienen posteriormente y no firmantes del contrato, de modo fehaciente, de la existencia y ámbito de la cláusula arbitral a fin de evitar que la seguridad jurídica pueda verse comprometido o diluida por la intervención posterior de personajes o entidades secundarias, que actúen como "fusibles" del sistema y complacientemente admitieren no haber dado conocimiento de la existencia y aplicación de la cláusula a sus superiores a fin de exonerarlos de la aplicación de la doctrina comentada. En la historia "la ragion di Stato" ha podido pretender justificar en ocasiones cosas mayores.

C) La intervención de terceros en el arbitraje.

Es la última de las cuestiones enunciados en el apartado c) de esta sección cuarta (pág. 111).

Nos enfrentamos aquí con el problema procesal de la pluralidad de partes en el procedimiento arbitral. Como es notorio es situación distinta a la planteada por la existencia de diversas personas que actúan en un procedimiento sosteniendo la posición de demandantes o demandados. Tales supuestos son propios del sistema de litisconsorcios activos o pasivos. Me refiero aquí al caso en el que dentro del procedimiento hay más posiciones — en cuanto al fondo— que las antes apuntadas. Ya no se trata de un diálogo sino de la intervención al menos de tres partes. La fórmula "antifonal" no tiene aquí cauce procesal. Es menester oír al menos tres pretensiones que pueden ser incluso totalmente contradictorias. Entiendo que el acotamiento del tema requiere decir:

1º.- El orden de los problemas que esta situación supone, nos lleva en primer término a tratar de la cuestión de si es posible que un tercero, que no hubiere sido parte de un convenio arbitral, pueda acceder al procedimiento incoado en virtud de este pacto.

El examen del horizonte procesal, a la luz de la jurisprudencia y de las leyes, nos revela que en algunos casos se consideró excepcionalmente posible.

La doctrina aquí hace referencia a las llamadas "class actions" del derecho norteamericano. En tales casos una parte del convenio arbitral intenta ampliar su pretensión al defender los derechos de otras personas que constituyen un grupo determinado y que han sido perjudicados por un mismo hecho. La cuestión se discute en doctrina. Otro caso es el de las acciones subrogatorias ejercidas por el acreedor.

2º.- Al margen de estos casos puntuales y de posible discusión doctrinal, ha de reconocerse que la solución negativa se impone. Atendida la naturaleza contractual del arbitraje, constituido en virtud de un pacto "ad hoc", es lógico concluir que quien no fuere parte del convenio no puede ser parte en el proceso arbitral. Quienes pueden ser parte del convenio —aunque no lo hubieren suscrito— lo estudiamos anteriormente. La doctrina antes expuesta es válida. Todo el que directa y expresamente o implícitamente es parte del convenio, puede ser parte en el procedimiento arbitral. Los que no reúnan tal condición no pueden serlo.

Se ha dicho a la vista de ciertos ordenamientos procesales que una solución positiva sería posible en el arbitraje. A mi entender no pueden establecerse líneas de razonamiento que analoguen el sistema del proceso civil. Aunque este permitiera la intervención de terceros, bien con el carácter de parte principal o bien con el de intervención auxiliar o "ad adiuvandum" a una de las partes (intervención adhesiva), no puede obtenerse de aquí

razón alguna trasladable a la sede propia de la institución del arbitraje. La razón está en que el derecho de acudir ante los Tribunales de Justicia es concedido por la Ley a todo ciudadano; es la primera vía normal para la resolución de las controversias, sin necesidad de pacto alguno que lo autorice. Por el contrario el arbitraje es una vía no común, sino especial, que requiere un pacto "ad hoc", y que excluye de la vía procesal común a las controversias que respecto de una determinada relación jurídica pueden plantearse, entre las partes que suscriben el convenio y a quienes les suceden legítimamente en sus respectivas posiciones contractuales.

La consecuencia de ello es que las controversias suscitadas por terceros, están fuera del arbitraje pactado, y son de la competencia de los Tribunales de Justicia. Si esto quiere evitarse, será necesario que por las partes interesadas, se reestructure contractualmente la cláusula arbitral de acuerdo con el tercero. Si este convenio no se concierta, la intervención del mismo en el arbitraje no será admitida. La regla es que para ser parte en el procedimiento arbitral, es menester ser parte en el convenio arbitral.

3º.- Otra vicisitud procesal que puede presentarse es la de la existencia de diversos procedimientos arbitrales conexos, pero de tramitación separada, que tengan por objeto idénticas cuestiones jurídicas.

Volvemos aquí a encontrar un obstáculo en la naturaleza del arbitraje, que tiene en su origen un acuerdo de voluntades. En el orden judicial la acumulación de autos sería procedente. Pero esta "consolidation" no puede acordarse por los árbitros, sin acuerdo específico de los interesados. Como excepción de este principio se cita el régimen de los Estados Unidos que atribuye al Juez la facultad de acordarla de oficio. También se recoge esta disciplina en el artículo 1046 de la ley holandesa sobre el arbitraje.

En la zona radical de tales soluciones, se encuentra sin duda, el principio de que las facultades de ordenación del proceso corresponden al Juez, y que todo lo que se ordena y clasifica las pretensiones deducidas en juicio, es materia propia del orden judicial. Pero en el orden arbitral la cuestión tropieza con las argumentaciones restrictivas antes expuestas.

Se abre aquí la posibilidad de que se tramiten procedimientos arbitrales paralelos, cuando la acumulación o consolidación de procedimientos no puede alcanzarse. Pero ello tropieza con el problema de que no son los mismos árbitros los que resuelven las cuestiones conexas. El Tribunal de apelación de París en su sentencia de 19.XII.1986 (Asunto Sofidif) ha expresado sus dudas respecto a las soluciones jurisprudenciales o indirectas del problema de la acumulación, y ha recordado el debido respeto a la convención de arbitraje en sus propios términos.

La jurisprudencia inglesa se planteó claramente el problema y declaró "que el juez puede nombrar el mismo árbitro en ambos procedimientos. El árbitro individualizará las cuestiones de interés común para ambos procedimientos y las separará de aquellas otras que afectan a uno sólo de ellos. El árbitro podrá pedir ser sustituido en alguno de dichos pleitos cuando surgieren situaciones que lo hicieran oportuno". Así se pronuncia la sentencia dictada en 23.6.1982 en el caso Abu Dhabi Gas Liquefaction Co Ltd v. Eastern Bechtel Corporation and Chiyoda Chemical Engineering y Construction Company Limited. App Inglaterra. Lord Dennig M.R. (Rev Arbitrage 1983 pag 119).

Como puede verse la posibilidad de la acumulación en los países cuya ley no disciplina expresamente el supuesto, es admitida. Pero debe señalarse que su aplicación práctica está sujeta a crisis graves, que pueden afectar al principio de contradicción en materia de alegaciones y prueba, y crear un desnivel o desigualdad de información sobre el caso entre los árbitros, y entre las partes. Consecuencia de ello sería una degradación técnica y moral del arbitraje y por ello su nulidad. Se encomienda a la conciencia de los árbitros la vigilancia diligente necesaria para evitar la aparición de estos vicios procesales y se les ofrece la necesaria utilización de las vías sanatorias adecuadas (25).

Ante una complicada estructura de procedimientos y de diversas cláusulas arbitrales, la Cámara marítima arbitral de París en 13 de Abril de 1979 resolvió en el asunto Biltis que "con la atención puesta en una buena administración de Justicia, los dos Tribunales arbitrales designados por ella, podían con toda libertad, reunirse en común a fin de escuchar a los representantes de las partes y quedar todos enterados". Este procedimiento de equilibrio revela una certera conciencia de los graves riesgos que puede producir el sistema de los procedimientos paralelos.

Cuando no hay soluciones legislativas, se producen algunas veces las jurisprudenciales, cuyo arco de posibilidades ha sido descrito y que se enfrentan a un fuerte escepticismo. La solución final de este problema está en la institución del arbitraje multipartito por medio de la cláusula "ad hoc". Esta resuelve algunos de los defectos procesales apuntados. Requiere un pacto complejo que desde antes de la emergencia de la controversia prevea la intervención de partes procesales en número superior a dos. Un grupo de trabajo de la CCI de París ha preparado una cláusula standard. Aquí es la voluntad de las partes la que ha de respetarse salvo que lleve a consecuencias injustas o inmorales.

La dificultad del caso se demuestra por el hecho de que el Reglamento de arbitraje de la CCI no contiene disposiciones reguladoras del arbitraje con pluralidad de partes. Este silencio no puede interpretarse como rechazo "a fortiori" de esta clase de arbitraje sino sólo la abstención en cuanto a la publicación de una norma en materia no suficientemente estudiada en toda su profundidad, y que se deja a la iniciativa y al sentido de la justicia pre-

sente en la conciencia de los árbitros que han de articularla según la naturaleza y circunstancias de los casos que se presenten ante ellos.

Entiendo que no debe terminarse este apartado sin mencionar determinados supuestos de transmisión del contrato principal y su repercusión sobre la cláusula arbitral.

Entre las transmisiones a título singular han de considerarse las siguientes: a) Cesión: La jurisprudencia francesa ha declarado que la cláusula compromisoria o arbitral sigue la suerte del contrato en el que está inserta (París; 1^º supp. 28.1.1988). Este criterio se aplica como regla general incluso al arbitraje internacional. Con carácter excepcional no se aplica en los siguientes casos. 1^º.- Cuando la propia cláusula lo excluye; 2^º.- Cuando la designación del árbitro en la cláusula origine una relación jurídica "intuitu personae", excluyente de toda transmisión (CCI 2626. 1977). Este criterio se ha visto confirmado por la Sentencia del Tribunal de Apelación de París en el asunto Société Clark International Finances c. Société Sud Material Service. b) Subrogación: La doctrina sostiene que si el subrogado puede ejercitar las acciones del acreedor en cuyo lugar se coloca, puede también invocar la cláusula arbitral inserta en el contrato; c) Fianza o aval: Es considerada como acto distinto y separado de la obligación principal. Por ello, en principio, se rige por ley distinta, aún cuando existe la presunción de que las partes se refieren implícitamente a la ley de la obligación principal, a no ser que pactaran otra cosa. Esta presunción puede ser contradicha. No existe tal presunción en los casos de prestación de garantía a título profesional. Tal es el caso de las que los Bancos constituyen a favor de sus clientes. La cuestión parece complicarse cuando la garantía se ha prestado antes de concertarse el contrato principal y en documento que no contiene cláusula arbitral. Se niega la posibilidad de que el fiador pueda invocar ninguna cláusula arbitral en este caso. La naturaleza de acto jurídico distinto que se reconoce a la fianza opera aquí claramente. Así lo declaró la Casación francesa en 22.XI.1977. Resumiré todo ello diciendo que la extensión de los efectos del convenio arbitral a la fianza dependen, según los casos, de la redacción de esta y de su inserción en el contrato principal, sin perjuicio de lo que estableciere la ley aplicable.

En las transmisiones a título universal no existe problema alguno. Tanto los herederos en el caso de sucesión de personas físicas como en el de absorción de una sociedad por otras, el sucesor tiene derecho a intervenir en el procedimiento arbitral.

Sección VI. La autonomía de la cláusula arbitral según los Convenios internacionales.

A) Nociones generales.

1.- El Convenio de Nueva York de 10.6.1958 al mismo nivel proclamó en su artí-

culo II el deber jurídicamente exigible de todos los Estados parte, de reconocer la validez, a todos los efectos, del acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas, respecto de una relación jurídica determinada, contractual o no contractual concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

Este acuerdo por escrito puede consistir en una "cláusula compromisoria incluida en un contrato" o en un "compromiso" firmado por las partes o contenido en un canje de cartas o telegramas (artículo citado, párrafo segundo).

Este acuerdo sobre el arbitraje de cuestiones determinadas, al que posteriormente se denominó "convenio arbitral" para recoger las dos modalidades de "cláusula" y "compromiso" tiene como primera consecuencia el cierre de la vía judicial respecto de todos los litigios incluidos en su campo de aplicación, que ha de definirse en el texto de dicho convenio arbitral. Da origen a una excepción de incompetencia de jurisdicción de los Tribunales estatales que será necesariamente estimada por el Tribunal ante el que se intentare promover un pleito sobre materias sujetas a arbitraje. En tal caso el Tribunal, a instancia al menos de una de las partes remitirá a las mismas al arbitraje pactado, salvo que comprobase que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable (Artículo II; párrafo tercero).

Otra consecuencia inmediata es la necesaria constitución del Tribunal arbitral.

B) El análisis de los mencionados textos nos lleva a señalar:

1º.- Ha sido reiterado el reconocimiento de la cláusula arbitral ya formulado anteriormente en el Protocolo de Ginebra de 24.9.1923. Este Convenio así como el Convenio de Ginebra de 26.9.1927 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras cesan de tener efecto entre los Estados parte del Convenio de Nueva York (artículo VII).

En el precepto antes citado del Convenio que se comenta se declara la compatibilidad de sus disposiciones con otros Convenios concertados por los Estados que son parte de aquel en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Se permite a las partes interesadas a hacer valer una sentencia arbitral de la manera y en la medida que lo permitieron la legislación y los tratados concertados por el Estado en cuyo territorio es invocada tal sentencia (artículo VIII). Esto quiere decir que la vía de reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras que establece el referido Convenio de Nueva York no es única y obligatoria y que coexiste con otras.

El concepto de "acuerdo o convenio arbitral" es genérico y comprende tanto el compromiso como la cláusula arbitral. La diferencia entre ambos, que motiva una peculiar

estructura para cada uno de dichos pactos, está en que el compromiso se refiere a una controversia ya nacida; la cláusula arbitral se refiere a las controversias que en el futuro puedan surgir de una relación jurídica determinada.

2º.- Esta amplitud de contenido de la expresión "convenio arbitral" nos permite señalar su carácter de pacto independiente del contrato básico y su vigencia independiente de las vicisitudes de este.

Ahora es fácil distinguir en la estructura de pactos sobre los que se construye el arbitraje, de una parte a la relación jurídica básica que une a las partes y que por razones patológicas ahora las enfrenta: de otra parte y como vehículo de una voluntad sanatoria está el convenio arbitral previsto para el momento en el que la concordia contractual falla y la relación jurídica básica no se vive pacíficamente. Esta relación especial —el convenio arbitral— tiene un contenido que no puede limitarse a la materia procesal. Si bien es en primer término un pacto encaminado a constituir una jurisdicción especial (el Tribunal arbitral) y un procedimiento más o menos determinado, lo que lleva consigo la exclusión en un primer momento de los Tribunales estatales, no es menos cierto que el convenio arbitral puede contener importantes declaraciones en orden al fondo de la cuestión, cuales son la determinación de la ley aplicable al fondo y también la relativa a la designación de los árbitros.

La naturaleza del convenio arbitral es siempre la misma. Es una vía especial para el restablecimiento de la concordia contractual. No varía en absoluto cualquiera que fuere la situación documental del mismo. Es irrelevante que figure inserto en un texto contractual como cláusula del mismo, o que se formalice en un documento separado, cual es el caso del antiguo compromiso. Ello es un mero accidente; es una cuestión de forma o sistema, es lo que llamo la irrelevancia de la posición o situación documental del convenio arbitral, que no puede servir ya como punto de referencia para intentar una distinción institucional entre cláusula arbitral y compromiso y no tiene el vigor requerido para fundar una calificación en orden a la esencia o naturaleza de las instituciones.

Por ello son razones ya desprovistas de rigor aquellas que formuladas desde tiempos lejanos pretendieron ignorar esta peculiar naturaleza del convenio arbitral, este carácter genuino del mismo y que aplicando a ojos cerrados el viejo brocardo de "*accessorium sequitur principale*", nacido para otras cosas, no diferenciaron dos convenios distintos y quisieron convertir al convenio arbitral en un pacto "accesorio y subordinado" del pacto o relación jurídica material que une a las partes.

Un análisis sereno demuestra que ello no es así y que el objeto y contenido de ambos es distinto. La relación material establece un conjunto de deberes y obligaciones a cargo y a favor respectivamente, de cada una de las partes, en atención a un resultado a

conseguir, de carácter económico, conforme a sus estipulaciones. Por el contrario, el convenio arbitral tiene por objeto proveer una solución justa cuando se ha producido una situación muy distinta y en ocasiones diametralmente opuesta a la prevista en las cláusulas del contrato o relación jurídica principal. Se trata de que esta última en tal momento no se cumple, no se desarrolla conforme a lo convenido; la discordia alienta donde la concordia debiera reinar. En este momento, las partes que no hubieren previsto nada intentarían sencillos esfuerzos de reconciliación por su cuenta, o iniciarían el penoso e inevitable camino del proceso civil.

Por el contrario cuando se ha pactado un convenio arbitral, la previsora voluntad de las partes se actúa en este momento, y produce, como ya dije, dos efectos: a) El cierre de la vía judicial en cuanto a las controversias comprendidas en el ámbito del convenio arbitral (artículo II del Convenio de Nueva York). b) La puesta en marcha de un procedimiento especial de ejecución de tal convenio, que lleva a la constitución de un Tribunal arbitral, que en su parte final produce una Sentencia, a la que las leyes reconocen validez, aunque pueda ser impugnada ante los Tribunales en casos taxativos.

El primer efecto es negativo, el segundo es positivo; ello demuestra la "total neutralidad" del convenio arbitral respecto del fondo de la controversia. Este es resuelto por la sentencia arbitral cuyo contenido depende de la ciencia, experiencia y sabiduría del árbitro o árbitros. El contenido concreto de la sentencia no viene prejuzgado por la cláusula arbitral.

Conviene hacer una precisión más. Anteriormente ha destacado que el convenio arbitral contiene no sólo reglas de carácter procesal sino también estipulaciones que afectan al fondo cual es la determinación de la ley aplicable a este y otras más.

Ahora, y al parecer en contradicción con lo anterior, me refiero a la "total neutralidad" del convenio arbitral respecto al fondo de la controversia. La aparente contradicción es eso, solo aparente. Al hablar de "total neutralidad" del convenio arbitral, quiero significar que el convenio arbitral no prescribe a los árbitros como deben resolver. A diferencia de las cláusulas de la relación principal que suelen exigir una conducta ligada a la producción de un hecho o acto, o a su omisión o ausencia, la cláusula arbitral no prescribe solución determinada del conflicto. Otra cosa es que en materia de arbitraje internacional se provea a la designación de la ley aplicable, resolviendo anticipadamente una cuestión que los árbitros tendrían que acometer siempre, y dándoles así una pauta a la que atender. Por ello puede predicarse del convenio arbitral su absoluta neutralidad sobre el fondo del asunto y al mismo tiempo admitir que puede contener determinaciones que afecten al fondo del mismo pero sometidas siempre al criterio del árbitro o árbitros que apreciaran las características de cada caso.

C) He intentado plantear los esquemas básicos de las ideas que en este siglo y muy especialmente desde el Convenio de Ginebra de 1923 han venido transformando los conceptos y sistemas de reglas jurídicas relativos al arbitraje internacional. Ellos han llevado a considerar que la cláusula arbitral es autónoma e independiente del contrato principal en cuyo texto anida.

Cuanto se lleva expuesto toma su origen en los párrafos primero y segundo del artículo II del Convenio de Nueva York de 1958, en el que con expresión sobria y concisa, se reconoce al convenio arbitral como institución genuina y distinta de otras (párrafo 1) y se la contrapone y separa del contrato o convenio en el que pudiera estar inserta de modo no esencial sino puramente formal (párrafo 2), señalando su peculiar objeto, que consiste en un "facere", conforme la naturaleza propia de las obligaciones que asumen las partes del convenio arbitral. Es distinto del objeto señalado en la relación jurídica material, que podrá consistir en un "dare", un "facere" o en un "non facere".

Los efectos positivos y negativos del convenio arbitral que quedan antes precisados, llevan a que la ejecución del mismo sea algo distinto de lo que correspondería a la relación jurídica material y principal. El convenio arbitral se cumple voluntariamente o forzadamente. Como implica una obligación de "facere" su incumplimiento, por no tratarse de un hecho personalísimo, permite se solicite al Juez que en uso de su potestad proceda a la constitución del Tribunal, oyendo a las partes, y eludiendo las trampas que la "mala fides" de alguna parte pretenda urdir.

Todo ello supone que el convenio arbitral es válido. En este sentido se produce el artículo II.3 del citado Convenio de Nueva York, cuando ordena al Tribunal jurisdiccional de un Estado que conozca de un litigio, en el que se hiciere uso de la excepción de arbitraje, por razón de haberse concertado el correspondiente convenio, cláusula o compromiso, que remita a las partes al arbitraje, a menos que compruebe que dicho acuerdo (arbitral) es nulo, ineficaz e inaplicable.

Hay aquí una afirmación implícita de la autonomía del convenio arbitral. La posibilidad de su aplicación, se somete al análisis de su propia validez, por el Tribunal con abstracción de lo que corresponda al contrato principal, sobre cuya validez y efectos no puede recaer aquí pronunciamiento judicial alguno.

Todo lo expuesto lleva a la conclusión de que el convenio arbitral, a la luz de los textos positivos examinados, es una institución separada de la relación jurídica objeto de controversia y que se rige por normas distintas de las que se aplican a este.

Ello lo confirma el valioso análisis que de su naturaleza han hecho numerosos juristas. Todo ello se resume en una fórmula expresiva acuñada por la elaboración doctrinal.

Estamos ante lo que se llama el "principio de autonomía del convenio arbitral" de frecuente aplicación en la doctrina.

Se considera al convenio arbitral un contrato de naturaleza procesal, con regulación específica en leyes procesales o en leyes especiales de algunos países. Esta opinión adelanta un paso más el punto que alcanzó una elaboración doctrinal que los consideró como un negocio jurídico de derecho privado. Desde este punto de vista la acción procesal es sustituida por una pretensión contractual dirigida contra la otra parte firmante del convenio arbitral a fin de que cumpla con el "facere" asumido.

Considero que ambas nociones no son absolutamente incompatibles. Se trata de un negocio jurídico privado, un convenio organizador de una jurisdicción arbitral cuyas resoluciones afectan directamente a los derechos de las partes.

Sección VII. La autonomía del convenio arbitral según el Derecho francés.

A) Prescindiendo de épocas anteriores, no porque carezcan de interés sino por aligerar la exposición, diré que el ordenamiento jurídico de Francia en el siglo XIX era totalmente hostil a la llamada cláusula compromisoria inserta en un contrato, y por la que se establecía un arbitraje respecto de las controversias futuras que dicho pacto pudiese originar. Sólo se admitía el compromiso para resolver controversias ya nacidas. Las que no reunían esta condición no podían ser materia de un pacto de esta naturaleza.

El hecho de que la cláusula arbitral se refiriese a un suceso futuro e incierto, la indeterminación exacta de su objeto y en general la proximidad a una renuncia general a la intervención de los Tribunales del Estado, operaban como factores activos del rechazo. Por el contrario el compromiso se ajustaba a una cuestión concreta, ya nacida; era una excepción específica al principio general de la competencia de los Tribunales. Cerraba así toda posibilidad al fraude o a la imposición obligada de tal renuncia que la parte más fuerte de un contrato pudiese imponer "velis nolis" a la contraparte.

El transcurso del tiempo; el desarrollo del comercio internacional, requerían otras soluciones. Aquel era obstaculizado por la prohibición señalada. Los beneficios previstos resultantes de la aplicación de tal regla negativa se convertían en dificultades al comercio internacional. En la esfera de este el Protocolo de Ginebra de 24.9.1923 reclamaba su aplicación.

Se trataba del conocido fenómeno del cambio del entorno o del supuesto de hecho de una regla jurídica. La jurisprudencia atenta a estas nuevas circunstancias dió un

nuevo enfoque a las reglas prohibitivas examinadas. En los casos Mardelé y Dambricourt los Tribunales decidieron que la exclusión de la cláusula compromisoria solo era aplicable en derecho interno francés, pero reconocieron su validez en el comercio internacional.

B) No se había llegado, a pesar de todo, a la solución deseada. La cláusula arbitral era válida, pero vulnerable. La impugnación por nulidad del contrato principal, si prosperaba, llevaba consigo la de la cláusula arbitral. La controversia por ello cambiaba de cauce procesal y los Tribunales de Justicia recuperaban su jurisdicción. El arbitraje se derrumbaba por causas ajenas a la cláusula arbitral que era considerada como una más del contrato impugnado.

Esta situación constituía un grave obstáculo para el arbitraje y de hecho parecía estar en contradicción con la voluntad de las partes que lo pactaron.

Llegó el momento de la reforma. Fue originada por el llamado caso Gosset. La Casación Civil francesa dictó sentencia de 7 de mayo de 1963. El principio de autonomía de la cláusula arbitral iba a ser declarado.

C) La Sociedad francesa mencionada adquirió a otra, de nacionalidad italiana, una importante cantidad de grano para cuya importación en Francia no habían sido concedidas todas las autorizaciones aduaneras precisas. Surgió la controversia y la Sociedad italiana usó del arbitraje y obtuvo una sentencia arbitral italiana que condenó a los "Etablissements Raymond Gosset" al pago de daños y perjuicios. Esta sociedad francesa se opuso al "exequatur" de la sentencia arbitral, invocando la nulidad del contrato principal por razones que especificó y por tanto la de la cláusula arbitral que formaba parte del mismo fundándose en el artículo 1026 del "Code de Procedure Civile".

El Tribunal de Casación de Francia, al rechazar estas razones declaró que "en materia de arbitraje internacional, el acuerdo compromisorio, ya fuere concertado separadamente o incluso en el acto jurídico al que se refiere, presenta siempre, salvo circunstancias excepcionales, que no han sido alegadas en la causa, una completa autonomía jurídica, excluyente de la posibilidad de que resulte afectado por una eventual invalidez de dicho acto". La Sociedad Caparelli no sólo había ganado el pleito. Había abierto las puertas al futuro. La autonomía jurídica de la cláusula arbitral había sido formulada por primera vez.

La resolución que abrió paso a una opinión fuertemente arraigada desde entonces, fue objeto de importantes comentarios de los especialistas. Motulski señaló que la sentencia al afirmar la ausencia de solidaridad del convenio arbitral con el contrato principal, adquiría un doble sentido o valor. De una parte el que se deduce de la literalidad de sus términos. El convenio arbitral es válido aunque el contrato principal fuere nulo o resoluble.

De otra parte resultaba que la cláusula arbitral o compromisoria podía someterse a una ley distinta de la que se aplicase al contrato principal (26).

La expresión de "completa autonomía" adolece de una cierta imprecisión. Es producto del entusiasmo discursivo inicial. Este extremo fué señalado por la jurisprudencia posterior (27).

De ello trataremos más adelante cuando acometamos el estudio de la aplicación del principio de validez del convenio arbitral. En esencia la Casación Civil francesa en el asunto Gosset refería implícitamente la validez de la cláusula arbitral a una ley distinta de la que rige el contrato principal. Su doctrina fué confirmada por la sentencia de 19.6.1970 dictada en el caso Hecht.

D) Llegamos por fin a la tercera etapa de esta evolución. La resolución de un Tribunal francés dictada en el asunto Menicucci c. Mahieuz (París 4ª Chambre 13.12.1975), dando un paso más adelante, declaró que "teniendo en cuenta la autonomía de la cláusula compromisoria por la que se instituye el arbitraje en un contrato internacional, aquella es válida, con independencia de toda referencia a cualquier ley estatal.

Se convierte así la validez de la cláusula arbitral —como dijo Franceskakis— en objeto de una verdadera regla material de derecho internacional privado (28).

Esta jurisprudencia anterior a la promulgación del NCPC coexiste, con el mismo y modo alguno puede atribuirse a este ningún carácter de desautorización de la misma. Al contrario, la exposición suscrita por el Ministro de Justicia que encabeza el texto del Decreto que reformó el nuevo Código Procesal Civil, expresa claramente que al promulgatorio no se ha querido en modo alguno modificar ni sustituir la jurisprudencia establecida.

Esta regla material, descubierta por la doctrina y proclamada por los Tribunales franceses en materia de arbitraje internacional, es una de las más avanzadas e importantes creaciones modernas. Hoy día el artículo 1493 de NCPC considera al convenio arbitral como un pacto autónomo de derecho procesal.

Sección VIII. La interpretación de la regla de validez del convenio arbitral según el Derecho francés.

A) El caso Hecht. A la vista de las resoluciones del Tribunal de Apelación de París en el asunto Hecht (mencionada en la nota 28), sostuvo el profesor Goldman que el principio de la autonomía del convenio arbitral no encuentra su justificación en un determinado sector del ordenamiento francés, especialmente dedicado a las relaciones comerciales, sino

que expresa desde el punto de vista de tal ordenamiento, un principio o regla de derecho internacional de amplia aceptación, por razón de las necesidades del comercio internacional, por aquellos Estados que están interesados en el mismo. Por ello puede concluirse que el fundamento de la doctrina expuesta sobre la cláusula arbitral se encuentra en un derecho consuetudinario trasnacional, a veces denominado "lex mercatoria" (29). En este sentido se produjo la opinión de Lerebourg-Pigeonnière que calificó asimismo al principio estudiado como regla material internacional, con ocasión de comentar la sentencia del Tribunal de Casación Civil francés de 21.6.1950 relativo a *Messageries Maritimes* (30).

Otra posición doctrinal sobre este punto la ofrecen Franceskakis que en su obra anteriormente citada, nos dice que la regla o principio de autonomía que consideramos, se funda en el derecho internacional privado francés que formula, *una regla material y no formal, es decir una solución directa de la cuestión completamente distinta y separada de la que pudiera establecer una regla de conflicto* (31). Desde este punto de vista la sentencia del Tribunal de París en el asunto *Menicucci c. Mahieux* de 13.XII.1975 no la estima apropiada porque desvincula a la cláusula arbitral de todo ordenamiento jurídico, cuando en realidad esta regla de validez de la cláusula arbitral esta ya formulada por el derecho francés (32).

Entiendo que, con mi máximo respeto al derecho francés, estamos ante una pequeña disputa. El valor de la Sentencia del caso *Mahieux* no puede desconocerse. Esta fundada en un derecho consuetudinario trasnacional. Si el derecho jurisprudencial francés lo reconoce, ello no excluye proclamar su fuente originaria.

B) La posibilidad de que pueda regirse por ley distinta a la aplicable al contrato principal.

Esta doctrina no tiene como única vertiente de acceso, la estudiada antes. Hay otras más, como son la de si los árbitros tienen facultad para decidir sobre cuestiones que afectan a su propia competencia, y a la validez de su propia investidura, así como respecto de aquellas otras relativas a la validez del convenio arbitral en el arbitraje internacional, y también la de si es posible que la cláusula arbitral se rija por una ley distinta a la aplicable al contrato principal.

Prescindiendo de las primeras cuestiones que son objeto de consideración especial en secciones diversas de este capítulo, concretaré mis observaciones sobre la última de ella.

Del concepto de autonomía del convenio arbitral, es decir de su inmunidad en cuanto a las impugnaciones del contrato principal, la jurisprudencia francesa ha deducido las razones oportunas para mantener tal posibilidad.

El Tribunal de Apelación de París en 25.1.1970 en el asunto Quijano, Agüero y otros c. Marcel Laporte declaró que en materia de arbitraje internacional, y según la concepción francesa, la cláusula arbitral presenta una total autonomía jurídica respecto del contrato en el que se contiene, y su ejecución no obedece necesariamente a la ley que rige esta (Revue de l'Arbitrage: París. 1973, pag 158, nota de Fouchard).

La aplicación práctica de esta regla, se realiza con la ayuda de los siguientes criterios instrumentales que la jurisprudencia ha establecido:

1º.- Se estima existe una presunción de identidad entre la ley que regula la cláusula arbitral y la que regula el contrato principal cuando las partes sólo han elegido esta última (33).

2º.- Tal presunción no entra en juego cuando las partes, implícita o explícitamente han expresado su voluntad en sentido diferente e incompatible con la ley que rige el contrato principal. Un caso importante de esta "voluntad diferente" fué aquel en el que las partes no designaron a ninguna ley y la aplicable al fondo del contrato producía la invalidez de la cláusula arbitral invocada.

En tal supuesto se estimó que tal "voluntad diferente" existía, ya que las partes inequívocamente querían someter sus diferencias al arbitraje y ello forzosamente llevaba a entender designada otra ley para regir el arbitraje (34) y habían de usarse otros métodos.

3º.- Cuando las partes no han designado a ninguna ley, ni con relación al convenio arbitral ni respecto del fondo ha de procederse inmediatamente a la identificación de la ley aplicable conforme a los siguientes métodos:

a) Los índices de conexión que usan los árbitros o los jueces designan, en muchos casos, a la misma ley elegida para regir el convenio principal y el convenio arbitral. Ha sido criticada esta posición por excluir "a priori" el principio de autonomía del convenio arbitral. La impugnación no es muy sólida, y parece mal fundada por cuanto la doctrina expuesta se aplica cuando las partes no han hecho uso de su libertad de designación, ya que en definitiva, al guardar silencio, los interesados se han conformado con la ley que designen el árbitro o el juez en su caso, y la hacen suya.

b) La discusión científica acerca del origen de esta facultad de las partes para designar la ley aplicable ha llevado a la doctrina y jurisprudencia francesas a declarar que su fuente no está en ningún ordenamiento nacional sino en la práctica internacional del arbitraje comercial. Aunque la jurisprudencia francesa hasta ahora no ha hecho explícita referencia a los usos del comercio internacional, no es menos cierto que al decidir la controver-

sia del modo indicado se funda en un sistema de resoluciones de caracter internacional (35).

c) En uso de esta facultad por las partes, los árbitros o los Jueces en su caso, en algunas sentencias arbitrales designan a la ley de la sede del arbitraje; otras veces remiten a la ley del fondo. Derains nos advierte frente a esta última solución que "no se trata de poner en tela de juicio al principio de la autonomía jurídica de la cláusula arbitral, sino que es la simple consecuencia de que la identidad de los diversos índices, conduce a localizar dos convenios autónomos en un mismo sistema jurídico (36).

De toda esta evolución doctrinal y progreso jurisprudencial debe obtenerse una consecuencia. Esta es la de reconocer que las normas jurídicas aplicables para determinar el alcance y efectos de un convenio arbitral válido, no se confunden necesariamente con las que rigen el fondo de la controversia internacional que va a resolverse por vía de arbitraje. Si en alguna ocasión pueden coincidir, en otras no ocurre así, y el convenio arbitral se rige por normas propias y distintas de las que se aplican a la relación principal. Así se produce la CCI en su Sentencia 4131. De ello se obtienen radicales conclusiones en materia de reglas de conflicto (37).

Sección IX. Las reglas que atribuyen a los árbitros competencia para conocer de las cuestiones que se susciten sobre su propia competencia.

A) Estamos aquí ante una doctrina básica del arbitraje. Se trata de la protección de la competencia de los árbitros para conocer de las pretensiones que la impugnen.

Si esta doctrina no existiere, con una demanda de nulidad de la cláusula arbitral interpuesta ante un Tribunal ordinario al comienzo del procedimiento, se puede orillar la intervención del Tribunal arbitral. Este sólo podría conocer del fondo de la cuestión, cuando el Tribunal del Estado así lo decidiera, y en otro caso, si su sentencia fuera impugnada cuando resolvieran así los Tribunales superiores. Ello podría prolongar en el tiempo y hasta límites insospechados, la zona de ineficacia de la cláusula arbitral. El arbitraje ya no sería una vía rápida y efectiva para la resolución de cuestiones en el ámbito del comercio internacional. Se habría convertido por decirlo así, en una jurisdicción "residual" cuya competencia debiera ser declarada previamente por los Tribunales de Justicia.

Podríamos decir que en tal caso la institución del arbitraje habría muerto, por no responder a las finalidades para las que fue creada. A corregir estas dañosas consecuen-

cias acude la doctrina de consuno con la jurisprudencia para aportar el adecuado remedio.

Así como el principio de autonomía de la cláusula arbitral, en los casos estudiados en los anteriores apartados, defendía la inmunidad de la misma, frente a las pretensiones de obtener su invalidez por la vía del ejercicio de las acciones de nulidad o de inexistencia del contrato principal, por tratarse de una cláusula autónoma y distinta del resto del texto contractual, ahora aquí se defiende para tal principio la primera consecuencia de la autonomía de la cláusula arbitral, cual es la competencia del Tribunal arbitral para juzgar sobre su propia competencia.

B) El derecho francés ha constituido a lo largo de este capítulo el primer punto de referencia. Continuaré aquí con la metodología adoptada sin prejuicio de otras referencias puntuales.

El sistema jurídico francés recoge la regla que comentamos de modo expreso en el artículo 1466 del NCPC en cuanto se refiere al arbitraje interno; en cuanto al arbitraje internacional no contiene regla alguna. Esto no debe —como veremos después— ser interpretado como inexistencia de aquella. La cuestión es más compleja.

El citado artículo 1466 recoge el supuesto del que venimos tratando diciendo: "Si ante el árbitro una de las partes impugna en su fundamento o en su extensión el poder jurisdiccional del arbitro, corresponde a este resolver sobre la validez o sobre los límites de su cargo". El precepto es claro; se refiere directamente a la cláusula arbitral. Se mantiene notoriamente la jurisdicción arbitral en tales casos.

Por lo que se refiere al arbitraje internacional ya hemos dicho antes que no existe precepto expreso sobre esta materia. No es que no exista, sino —como ya dijimos— su formulación no viene producida por medio de una norma positiva "ad hoc". Está por el contrario contenida en una característica y reiterada jurisprudencia, a la que expresamente se refiere, en términos de respeto y conservación de la misma, la exposición de motivos del Ministro de Justicia al Primer Ministro de Francia, que precede el Decreto de 12 de mayo de 1981, por el que se establece el nuevo régimen del arbitraje interno e internacional de Francia incorporado al NCPC.

En dicha exposición se dice que "las nuevas disposiciones sobre el arbitraje internacional sólo se refieren al procedimiento y en ninguna forma ponen en cuestión, los principios sólidamente establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Casación, en lo que se refiere al arbitraje internacional. Así ocurre destacadamente respecto del alcance de la cláusula arbitral, materia en la que ha sido declarado que no se la pueden oponer obstáculos por razón de que el contrato principal fuere nulo, o que se refiriese a una controversia toda-

vía no nacida, o que la misma hubiese sido convenida por un Estado o que las reglas por las que la controversia hubiere de resolverse tuvieran el carácter de orden público.

Entre los principios jurisprudenciales a respetar está el de que la cláusula arbitral excluye la competencia de los Tribunales del Estado en la materia que aquella comprende. Este principio ha sido reconocido abiertamente por la Sentencia del Tribunal de Apelación de París de 4.5.1988, en la que se declara que la misión de los árbitros "respondiendo al principio de la autonomía del convenio arbitral, impone al propio juez arbitral (salvo el caso de un recurso eventual contra la sentencia que se pronuncia por el mismo según los artículos 1502 y 1504 del NCPC) el deber de ejercitar su plena competencia sobre todos los elementos del litigio sometidos a su consideración".

Puede por tanto concluirse —como anunciamos— que en materia de arbitraje internacional esté reconocida la facultad de los árbitros que analizamos como consecuencia de la autonomía de la cláusula arbitral. Así se expresa De Boisseson citando una nutrida serie de resoluciones judiciales (París 1ª Ch. 4.5.1986; 4.3.1986 1ª Supp: 28.2.1987...)

Si analizamos detenidamente los términos de tales Sentencias podremos apreciar que no se fundan expresamente en un derecho consuetudinario transnacional, aunque está reconocida unánimemente esta regla en materia de arbitraje internacional, lo que ha permitido afirmar a la doctrina que estamos en presencia de una regla de derecho internacional. Hay que agregar a lo dicho que hoy día el artículo 5.3. del Convenio de Ginebra de 1961 atribuye a los árbitros "el poder de resolver sobre su propia competencia y sobre la existencia y validez de la cláusula arbitral o del contrato del que aquella forma parte". Este principio universalmente reconocido es por tanto también una regla positiva de derecho internacional.

La ley tipo de la Comisión de las Naciones Unidas (CNUDCI en siglas francesas o UNCITRAL en siglas inglesas, para el derecho comercial internacional de 21 de junio de 1985 reconoce en su artículo 16 la facultad del tribunal arbitral para resolver sobre su propia competencia. En idéntico sentido pueden citarse numerosos reglamentos de instituciones arbitrales. En este caso está el artículo 8.3 del reglamento de conciliación y arbitraje de la CCI (1.1.1989) en el que se dice que "salvo estipulación en contrario la pretendida nulidad o inexistencia alegada del contrato, no implica la incompetencia del árbitro si este sostiene la validez del convenio arbitral. En caso de inexistencia o de nulidad del contrato sigue siendo competente, para determinar los perceptivos derechos de las partes, y decidir sobre sus pretensiones" (38).

Nos hallamos pues, ante una regla excluyente del bloqueo del arbitraje por medio



de la impugnación de existencia o validez del convenio arbitral. El Tribunal considera "prima facie", es decir, sin entrar en una investigación minuciosa, si existe o no un convenio arbitral aparentemente válido, es decir que "manifiestamente y a la primera vista" no existe ningún motivo de nulidad o de inexistencia.

Si resuelve en sentido favorable a la validez, y sin prejuzgar los motivos de impugnación, que no juzga, declara que el arbitraje puede tener lugar. Tales motivos de impugnación no son cuestiones previas, sino que al contrario se remiten a la sentencia de fondo.

Si por el contrario si "prima facie" apreciase la inexistencia o nulidad del convenio arbitral debe resolver estimando la impugnación.

Sección X. Una consecuencia especial de la impugnación del convenio arbitral. El papel residual de la regla de conflicto.

A) La impugnación por invalidez de convenio arbitral, produce la suspensión de la aplicación del mismo de modo automático y queda sin efecto la designación de una ley en ella contenida. La razón es notoria. Si se discute acerca de la validez de un pacto no puede "a priori" aplicarse el mismo. Es esta una excepción importante al principio general de validez del convenio que antes hemos considerado. Aquí se produce una mutación jurídica, pues se vuelve al momento anterior a la concertación de la cláusula para decidir sobre su validez y ello da lugar a la aplicación de las reglas de conflicto de la ley vigente, en una fase que ha sido definida por la doctrina francesa como el "rol residual" de aquella y a la que anteriormente hicimos referencia.

Ello quiere decir que a tales reglas de conflicto ha de acudir, para determinar la ley que regula la capacidad de las partes, la expresión de su consentimiento y los vicios que pudieran afectar al mismo y la suficiencia del poder de representación que se invoque para concertar el convenio arbitral.

Cuando las partes concertaron el convenio arbitral, actuaron conforme a las leyes que regulan su capacidad, su consentimiento, el poder utilizado. La validez de tal convenio ha de analizarse mediante el adecuado contraste de este con aquellas. La existencia de tal conformidad constituyen un "prius" lógico del convenio arbitral. Por ello cuando este es impugnado no hay lugar a la aplicación de la ley que este pudiera designar, porque el tema a decidir es anterior a la vigencia del convenio arbitral, y este no puede aplicarse porque su validez depende de las leyes vigentes en el momento de su concertación y ello ha de constatar. Hay por tanto que volver a las reglas de conflicto del ordenamiento designa-

do por las partes, el árbitro o el Juez.

B) Recordaré lo dicho en el apartado II de esta sección Primera.

Las reglas de conflicto, por regla general, en cuanto a la capacidad para contratar se remiten a la ley personal. Ello se aplica tanto a las personas físicas como a las personas morales. El derecho francés señala a estas últimas la ley del lugar de su constitución siempre que tengan su domicilio en el mismo lugar.

En cuanto al consentimiento necesario para concertar un convenio arbitral y a los vicios del mismo, aquel sigue la suerte de los demás contratos en materia internacional señalada por la regla de conflicto.

En consecuencia es aplicable en primer término la ley de autonomía. Me refiero a la ley pactada para regir el convenio arbitral, que es distinta de la ley pactada sobre el fondo de la controversia. Existe una presunción de identidad de ambas leyes, cuando sólo se designa una ley aplicable al fondo. Tal presunción se inhibe cuando las partes implícita o explícitamente han expresado una voluntad contraria. Tal caso se daría en el caso de una ley sobre el fondo del contrato, aplicable por no existir designación de otra para regir el convenio arbitral, que produjera la invalidez de la cláusula arbitral. Así se pronunció el Tribunal de París en sentencia de 19.6.1970 (J.D.I. 1971 pág 833) (39).

Cuando las partes no han designado ninguna ley, corresponde al árbitro o al Juez determinar los puntos de conexión del contrato con una ley determinada. Del principio de autonomía del convenio arbitral cuidadosamente analizado, se ha obtenido en la doctrina y praxis francesa y de otros países de análogo sistema, unas consecuencias innovadoras. El árbitro —según estas ideas— no está obligado a seguir preferentemente las reglas de conflicto de un país frente a las de otro. Se ha llegado a la conclusión de que tiene poder —como ocurre con el contrato principal— de desvincular al convenio arbitral de cualquier derecho de origen estatal, pudiendo someterlo a los principios y usos del comercio internacional.

Los índices o puntos de conexión mediante los cuáles el árbitro o el Juez pueden descubrir la ley aplicable al convenio arbitral, no se fundan en un orden jurídico nacional determinado, sino en la práctica internacional del arbitraje comercial expresado en numerosas decisiones arbitrales. Así la Sentencia de la CCI 4131 de 1982 ha declarado que "las fuentes de derecho aplicables para la determinación del sentido y alcance o efectos de una cláusula compromisoria, no se confunden necesariamente con el derecho aplicable al fondo del litigio, y que si esta ley y estas reglas pueden, en algunos casos, afectar al fondo de tal litigio y a la cláusula compromisoria, es perfectamente posible, que ésta en otros casos se

rija, por razón de su autonomía, que alcanza no sólo a su validez sino a su sentido y alcance y a sus efectos por fuentes de Derecho que le son propias, distintas de aquellas que gobiernan el fondo del litigio".

Recordaré aquí como complemento de lo dicho en primer lugar que los convenios internacionales reconocen generalmente la competencia de la ley nacional respecto de la capacidad de contratar. El Convenio de Nueva York permite rechazar el reconocimiento y ejecución de una sentencia si las partes del convenio arbitral estuvieren incurso en una incapacidad en virtud de la ley a ellas aplicable (artículo 5.1.a).

El Convenio de Ginebra de 1961 sostiene igual criterio (artículos 6.2. y 9.1.). Existen varios sentidos del concepto de ley personal. Para el derecho francés es sinónimo de ley nacional; para el derecho inglés significa la ley del domicilio.

La Casación Civil francesa en un análisis exigente ha separado el régimen de los vicios del consentimiento en dos grupos distintos. De una parte están los que proceden de circunstancias del negocio jurídico. Tales son el error, el dolo o la violencia. De otra parte están aquellos que se fundan en la propia naturaleza de las personas como ocurre con la menor edad o la demencia.

Los vicios del primer grupo deben regirse por la ley que regula los negocios jurídicos. Los correspondientes al grupo segundo deben regirse por la ley personal. Así se produjo la Casación Civil francesa en Sentencia de 25.6.1957 (40).

Notas a las Secciones I a X (inclusive del capítulo primero)

- (1) De Boissésou. Le droit français de l'arbitrage interne et international. 1990. Paris. Gln Editions. Pag 16. Este autor dice que al adoptarse por el Decreto de 14 de mayo de 1980, la expresión genérica "les conventions d'arbitrage" en la rúbrica inicial del Título I, revela que la cláusula arbitral, como el compromiso constituyen un convenio autónomo, y no es algo simplemente accesorio de un contrato, como podría sugerirlo el nombre de "cláusula".

De ellos se concluye que ambas instituciones se diferencian, no por su naturaleza jurídica, sino por el "grado de desarrollo" de la controversia a la que se refieren.

- (2) Con relación al compromiso debe advertirse que el requisito de la previa existencia de la controversia o litigio requiere algunas precisiones. No puede equiparse a la iniciación de un pleito. Pensar así sería convertir el compromiso en una institución subsidiaria de un proceso civil incoado. La doctrina entiende que ello es limitar su campo de acción de un modo excesivo. Se decía que la palabra "litigio" no tiene

en el derecho francés el sentido de pleito, equivale a la voz "contestation" es decir a debate, discusión o controversia. Por tanto lo que la ley exige para que pueda concertarse el compromiso, es que exista una diferencia y se hayan producido contrapuestas pretensiones de las partes. No se requiere que esté formalizada judicialmente.

- (3) El convenio arbitral es un negocio jurídico de derecho privado, para unos autores, y para otros de derecho procesal. En todo caso el árbitro inicialmente es ajeno al mismo. No es suficiente por sí mismo para vincular al árbitro. Es necesario que se celebre otro convenio entre las partes o la institución arbitral designada por aquellas y el árbitro o árbitros. Este nuevo convenio constituye el llamado contrato arbitral. La cláusula arbitral es el antecedente lógico y jurídico del contrato arbitral, que impone a las partes una obligación de hacer, la de constituir el Tribunal arbitral al que someten sus diferencias. El contrato arbitral es el medio de actuación de aquella cláusula, pero su contenido no tiene influencia alguna sobre el verdadero y propio convenio arbitral (cláusula arbitral en este caso) que tiene una función principal que no debe desconocerse. (Schizzerotto: Dell 'arbitrato. Milan Giuffré 1992, pags 52 y 332). Este autor agrega que la función de uno y otro convenio es diferente. El convenio arbitral inhibe la competencia del Juez ordinario; el contrato de arbitraje atribuye a un tercero la potestad de decidir una controversia.
- (4) La jurisprudencia francesa ofrece dos excepciones a esta regla. No considera civilmente incapaz en Francia a quien ha sido declarado así por sentencia penal extranjera. Por el contrario el extranjero condenado penalmente por los tribunales franceses queda afectado por las incapacidades civiles resultantes de su condena conforme a la ley francesa. Battifol at Lagarde. Droit international privé 7^e edición. Tomo II. 1983 N° 489, página 233.
- (5) El caso referido es el B.M.K.I. Industries Lager y Siemens c. Dutco. Rev. Arb 1989; pág 723.
- (6) Doctrina de la Sentencia de la CCI n° 4392 de 1983 y del Tribunal de Grande Instance de Paris de 9.12.1987.
- (7) De Boissésou; obra citada pág 549.
- (8) Idem idem, pag 500.
- (9) Idem idem, pag 493 y las numerosas sentencias allí citadas.

- (10) L'arbitrage international dans le Nouveau Code de Procedure Civile. D.I.P. 1981, pag 620.
- (11) Calbert et Malville. Les clauses compromissaires pathologiques. Rev arb. 1987 pag 182.
- (12) Casación civil francesa S. 4.6.1985. M. Bissutti c. Sefimo. Rev arb, 1987, pag 182.
- (13) Casación Civil francesa 1ª Sala. S de 20.10.1987 Société De la Roche c SERP et Dauphiné Libéré. Rev Arb 1988, pag 559.
- (14) De Boisseson, ob cit, pag 552 nos dice: "esta posibilidad de aceptación tácita ha permitido el desarrollo de una jurisprudencia sobre la extensión de los efectos del convenio arbitral en el interior de grupos de sociedades, con relación a las operaciones económicas de las que son parte las sociedades de un mismo grupo".

Agregaré yo para completar este supuesto que frecuentemente se trata de casos en los que intervienen en fases sucesivas de la contratación, la sociedad matriz y una o varias de las sociedades filiales dominadas por aquella.

- (15) Paris, fecha indicada. Rev arb, Caso Dow Chemical 1984, pag 98.
- (16) Society of Maritime arbitration; S de 28.11.1980. Asunto MAP Tankers Inc c Mobil Tankers Ltd.
- (17) Sobre esta cuestión se atiende a la opinión de Fadlallah. Clauses d'arbitrage et groupes des societes. Travaux du Comité Français de D.I.P. CNRS k984/85 pag 118.
- (18) Lalive. The First World Bank Arbitration. Holiday Inn v. Morocco. British Year Book of International Law 1980 pag 123.
- (19) Sobre esta materia la doctrina se sistematiza en el trabajo de Fadlallah citado en la nota 17 y en el de Derains y Schaft. Journal de Droit des Affaires Internationales 1985, pag 231 donde se analiza la jurisprudencia. También se recoge en el trabajo de Chapelle. Le droit des personnes morales (groupes de sociétés Intervention de l'Etat) Rev arb 1988, pag 475 y sgts.
- (20) Ibrahim Fadlallah entiende "que la carga de la prueba incumbe al que invoca la extensión de la cláusula a quien no es parte firmante del documento y que la sola existencia de un grupo no es suficiente para invertir la carga de la misma".

Obra citada en nota 17, pág. 118.

- (21) De Boissésón; ob cit pag 529, nota 213.
- (22) J.D.I. 1988 pág 108. Sentencia de la CCI de 3.4.1987.
- (23) Esta doctrina se contiene en la sentencia del Tribunal de Aix de 20.9.1984. Rev critique D.I.P. Paris 1985 pag 358; nota Reymon Gouilloud.
- (24) Rev arb. 1989 pag 309, nota de Jarrosson.
- (25) La doctrina crítica abiertamente los defectos de constitución del Tribunal arbitral en tales supuestos. Se dice que en tales casos los árbitros utilizaran en un procedimiento los conocimientos adquiridos en otros. De ello resultará que una parte del Tribunal habrá conocido una documentación desconocida para el tercer arbitro.

Ello constituye una manifiesta violación del principio de contradicción. Tal es entre otros la opinión de Rubino Sanmartano. Arbitrato internazionale CEDAM Padova pág 259.
- (26) Rev. Crit. D.I.P. 1963, pag.615. Nota Motulski.
- (27) De Boisseson; ob cit pág 486.
- (28) De Boisseson ob cit pág 487. La Sentencia del caso Menicucci fue pronunciada por el Tribunal de Apelación de París, 4^e Chambre. 13.12.1975. J.D.I.P. 1977 pág 106, nota de Loquin; Rev arb 1977, pág 147, nota de Fouchard. La sentencia del caso Hecht es también del tribunal de Apelación de París y tiene fecha de 19.6.1970 donde se declaró que "las partes han podido excluir la aplicación de la ley francesa y concertar una cláusula compromisoria fuera de las hipótesis en las que estas se autorizan por aquella ley, ya que en materia de arbitraje internacional y salvo circunstancias extraordinarias la cláusula arbitral tiene con relación al acto principal al que se refiere, una completa autonomía". De aquí la posibilidad de una cláusula arbitral con independencia de cualquier referencia a una ley estatal como declaró la sentencia dictada en el caso Menicucci c. Mahieux.
- (29) J.C.P. 1971. N^o 16927. Observaciones Goldmann: J.C. Droit international, fascículo 586.1 N^o 36 y siguientes. Obra del mismo autor. Las referencias se hacen al Juris Classeur.
- (30) J.D.I. 1950; pag 1196.

- (31) Franceskakis. "Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire apres l'arret Hecht de la Cour de Cassation. Rev arb 1974, pag 67. Esta solución de que se trata de una regla material de derecho francés, independiente de toda regla de conflicto se funda también en la sentencia del Tribunal de Apelación de París de 9.11.1984. 5ª Chambre. J.D.I. 1986 pag 1039. Oppetit expone esta misma doctrina citando la sentencia del Tribunal de Apelación de París 4ª Chambre de 13.3.1975. Rev Crit. D.I.P. 1976 pag 507.
- (32) De Boisseson; ob cit pag 487.
- (33) París. 1ª Suppl. S 25.3.1983. Rev Arb pag 363 de 1984. Nota Robert.
- (34) París; 19.6.1970. J.D.I. 1971 pag 833. Nota de Oppetit.
- (35) Esta es la opinión sostenida por De Boisseson. Ob cit pag 492 que cita diversas resoluciones. Entre ella la S. arbitral de la CCI nº 4131 de 1982. J.D.I. 1983 pag 899; nota de Derains. Cita además la sentencia del Tribunal de París 13.XII.1975. Rev crit D.I.P. 1976, pago 510, nota de Oppetit.
- (36) Este acertado criterio se contiene en las observaciones hechas por el citado autor en su comentario a la Sentencia de la CCI nº 4392/1983. J.D.I. 1983 pag 907.
- (37) En esta y otras resoluciones de la CCI los árbitros deducen del formulado principio de autonomía de la cláusula arbitral, la consecuencia de que está separada de todo derecho estatal y la someten a los usos y principios del comercio internacional. El "iter discursivo" parte de la consideración de que el árbitro no está obligado a seguir las reglas de conflicto de un país con prevalencia sobre las de otro. Sobre esta base se llega a aplicar el mismo principio incluso al contrato principal. Vease Battifol. L'arbitrage et les conflits de lois. Rev d'arb 1957, pag 110. Fouchar L'arbitrage comercial internacional; nº 556 y sgtes, pag 378 y sgts.
- (38) En cuanto a disposiciones legales concretas pueden citarse el artículo 1466 de NCPC francés, la ley alemana de 19.6.1975, la ley federal suiza de 18.12.1987 entre otras.
- (39) Tribunal de París. S. 19.6.1970. J.D.I. 1971; pag 833.
- (40) Así opinan Battifol y Lagarde. Droit international privé. Septima edicion. Tomo II: número 596, pag 317. También Robert. L'arbitrage. 5ª edición París, pag. 271.

Sección XI. El convenio arbitral en el derecho suizo.

A) Las disposiciones aplicables.

La estructura confederal de Suiza produce un reparto de competencias. Existen 26 cantones a los que corresponde entender —según la Constitución de 29.5.1974— en las cuestiones de organización, procedimientos y administración de justicia (artículo 64.3). El Tribunal Supremo Federal (Bundesgerichts) declaró hace tiempo en concordancia con lo anterior, que el convenio arbitral no se regía por la ley federal, sino por la ley cantonal de procedimiento (S 28.5.1915). Este criterio histórico jurídico, de gran arraigo y fundamento en general, podía llevar a una conflictividad exacerbada. Por ello se preparó un acuerdo intercantonal denominado Concordato, suscrito en 27.3.1969, y aprobado por el Gobierno Federal en 27.8.1969. Este Concordato intercantonal ha sido suscrito por veinticinco cantones. Sólo el cantón de Lucerna permaneció ajeno, conservando sus propias normas de procedimiento. Existe sin embargo el propósito y hasta un proyecto de ley para adherirse al Concordato.

El arbitraje internacional tiene una regulación especial. En 18.12.1987 el Parlamento aprobó la ley de derecho internacional privado que en su capítulo 12 disciplina esta materia. Ella excluye la aplicación del Concordato intercantonal en principio. Existen sin embargo dos excepciones a esta regla. Así ocurre cuando las partes, por escrito, acuerdan se aplique aquel. También se aplican las disposiciones del mismo, cuando la propia Ley federal se remite al derecho cantonal, lo que se produce en los artículos 176.2; 180.3; 183.2 y 3; 184 y 185.

El Tribunal Supremo Federal ha establecido las condiciones que debe reunir el escrito de renuncia a la Ley federal. Con un criterio acusadamente formalista, se exige conste el acuerdo de que se apliquen las reglas de procedimiento del derecho cantonal, con carácter exclusivo y que además se excluya la aplicación del capítulo 12 de la Ley federal citada (BGE 115.II.394). La doctrina requiere, aunque no existe fórmula legal, que la exclusión de la Ley conste claramente expresada.

La ley federal de 18.12.1987 se aplica a los arbitrajes internacionales, cuando radique en Suiza la sede del Tribunal arbitral, siempre que al menos una parte no tenga su domicilio ni su residencia habitual en territorio suizo, en el momento de concertar el convenio arbitral (art. 176).

B) La naturaleza y la forma y contenido del convenio arbitral.

La doctrina y la legislación usan una terminología específica dentro del sistema

que siguen por los países más adelantados en esta materia. Con carácter general se utiliza el concepto genérico de "convenio arbitral" (Schiedsabrede), que comprende en su ámbito las dos posibilidades de concertar el mismo. De una parte el compromiso ó contrato arbitral (Schiedvertrag); de otra la cláusula compromisoria integrada en el texto de otro contrato (Schiedsklausel). Esta rotunda diferenciación está incardinada en el artículo 4 del Concordato, referido al arbitraje interno. En cuanto al arbitraje internacional tal diferencia, se desvanece, ya que el artículo 178.3 de la Ley federal, usando del concepto genérico de convenio arbitral —antes señalado— niega aquella y afirma que la validez del mismo "no puede ser impugnada por el motivo de que se refiera a un litigio todavía no nacido" con los que la antigua y acusada separación entre compromiso y cláusula compromisoria, ha quedado desprovista de efectos prácticos en el campo del derecho del arbitraje internacional, aunque continúa en vigor en el derecho intercantonal.

El artículo 178 antes mencionado no define al convenio arbitral, pero esta noción tiene gran arraigo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia que ha precisado sus dos elementos esenciales. 1º. Voluntad común de las partes de someter una controversia a una decisión arbitral de carácter obligatorio, excluyendo la competencia de los Tribunales del Estado y 2º. Determinación y especificación de tal controversia (1).

La promulgación de la ley federal de 1987 trae como consecuencia que el convenio arbitral en este campo se defina como un contrato regulado por el derecho federal y que tiene naturaleza procesal.

Algunos autores lo califican como contrato de naturaleza mixta. No es esta la opinión de Poudret (2).

En cuanto a la forma diré que se requiere el empleo de una forma escrita (carta, telegrama, incluso el telex, telecopiador y cualquier otro medio de comunicación que permita establecer la prueba de su existencia por su texto (art. 178.1). Estamos pues ante un contrato formal. Hay que advertir que la ley federal, ha aumentado los supuestos de forma admisible. El Convenio de Nueva York es más estricto. La doctrina discute por ello la posibilidad de que las sentencias fundadas en el derecho suizo, puedan ser rechazadas al pedir su "exequatur", ante un tribunal extranjero. La posición del derecho suizo se justifica por Reymond, afirmando que las reglas del Convenio de Nueva York, solo se aplican a las dos hipótesis contempladas en su artículo II (excepción de arbitraje) y artículo V (exequatur) o lo que es lo mismo que el referido artículo II solo tiene como destinatarios los tribunales de los Estados parte del Convenio, ante los que se plantea la excepción de arbitraje y las autoridades del país en el que se pide el reconocimiento y la ejecución de la sentencia. Se alega por el autor citado que por el contrario el artículo II.2 del citado Convenio no se impone al Juez de apoyo al que se recurre para designar un árbitro (art. 179.3 Ley Federal) ni al árbitro cuando decide sobre su propia competencia (art. 186).

La cuestión ha hecho correr mucha tinta. El hecho de que el artículo 178.1 de la Ley Federal amplíe la lista de los modos de formalización enumerados en el artículo II del Convenio de Nueva York, agregando las comunicaciones por telex o telecopiador y por "cualquier otro medio de comunicación que permita establecer la prueba del convenio arbitral, por medio de un texto", ha creado división entre los autores. De una parte se sostiene que el artículo II del Convenio de Nueva York debe imponerse a todos los derechos nacionales. Así opina A. Bucher (3).

La cuestión se complicó cuando Van der Berg sostuvo en principio que debe aplicarse el artículo II del Convenio, pero luego concluye, atenuando su criterio, que el árbitro debe aplicar el derecho de la sede si es más favorable, conforme a la doctrina del artículo VII del Convenio. Este precepto declara que el Convenio referido, no priva a ninguna de las partes interesadas, de cualquier derecho a hacer valer una sentencia en la forma y extensión concedidas por la Ley o por los Tratados del país en el que dicha sentencia se invoque. De aquí que los partidarios de la solución adoptada por el derecho suizo tomen nuevos bríos, y afirmen que el fallo sobre el asunto Tradex, recuerda que el campo de acción del artículo II del Convenio de Nueva York es el mismo que el del Convenio de Ginebra de 1923. Con ello a mi entender, hacer referencia al artículo 1º de esta última en cuanto se refiere a la validez de los acuerdos arbitrales, sin poner límite alguno a la prueba de su existencia ni a sus requisitos de forma. Por otra parte, el artículo 2º de dicho Convenio de 1923 dispone que el procedimiento arbitral, incluso la constitución del Tribunal, se regirá por la voluntad de las partes y por la ley de la sede donde tenga lugar el arbitraje.

De tan enfadosa cuestión a mi juicio, hay que desprenderse eliminando los factores no esenciales. Pensar que algún Tribunal arbitral considere que no existe convenio arbitral porque se ha concertado por telex o por telecopiador me parece caminar por los senderos de un "ius strictum" ajeno al progreso y a la vida, especialmente cuando las partes han cumplido el convenio sin impugnarlo. La relación de los medios de comunicación expresada en el artículo II.2 del Convenio de Nueva York, me parece meramente enunciativa y no limitativa. El Convenio arbitral debe ser establecido por escrito; esta es la regla esencial. La interpretación de lo que es acuerdo por escrito que da el artículo II.2 antes citado no puede ser más que enunciativo. La posición del derecho suizo, ampliando el número de medios por los que se pruebe el convenio arbitral me parece acertada. La doctrina a mi juicio, es válida. En todo caso ahí está el artículo 178 de la Ley Federal suiza. La invocación del artículo VII por Van Den Berg implica sacar la resolución del caso del ámbito del artículo II del Convenio de 1958 y referirlo al derecho del país de la sede. Es una solución inteligente. Ahí queda apuntada una distonía que en algún caso puede obstaculizar la ejecución en un país de criterio estricto, de una sentencia arbitral suiza, si el convenio arbitral no se ajusta literalmente al artículo II.2 del Convenio de Nueva York. El Tribunal Federal Suizo, vale recordarlo, ha asimilado el telex a un telegrama en el caso Tracomín c. Sudan Oil Seeds

Co. (ATF 111 Ib 253). En consecuencia queda acreditado que esta regla del artículo 178.2 de la Ley Federal se considera como una norma material de derecho internacional privado del sistema jurídico suizo de arbitraje internacional (4).

No existe en el derecho suizo ningún otro requisito o exigencia respecto de la forma o contenido del convenio arbitral. No se usa la expresión "forma escrita" que tiene el sentido de documento firmado por las partes. De ello la doctrina concluye no es necesaria la firma de aquellas. Se confirma este criterio al admitirse la concertación por telegrama o télex que carecen de firma. De ello se deduce la admisión de la cláusula de arbitraje inserta en las condiciones generales de un contrato, en las notas de confirmación (contract notes) emitidas por un corredor y en los estatutos de una sociedad. Así se opina por Poudret Buchery y otros autores. Es muy recomendable como dice Raymond la designación de la sede del arbitraje, pero no es un elemento necesario del convenio como tampoco lo es la designación de los árbitros. Tampoco lo es la descripción de las demandas de las partes en un compromiso.

No hay que preocuparse de la antigua distinción entre compromiso y cláusula arbitral, según dijimos algo antes. Se ha conseguido un paso más en la eliminación de fórmulas y reglas que ya no tienen vigencia. Recordemos que el Protocolo de Ginebra de 1923 olvidó aquella arcaica regla que obligaba a reiterar la cláusula arbitral en compromiso independiente.

La determinación de la sede del arbitraje es importante, pero no se exige conste en el convenio arbitral. A falta de designación por las partes, se hace por la institución arbitral elegida o por los árbitros (art. 176.3). La designación por las partes puede revestir la forma de un acuerdo expreso o tácito, es decir implícito en una conducta. Así ocurre cuando designen un Juez suizo como Tribunal de apoyo o invoquen un reglamento arbitral que lleve consigo la determinación de la sede del arbitraje. Por el contrario, se niega tenga valor de designación tácita de una sede suiza para el arbitraje, el hecho de designar a un Juez, o a un ciudadano suizo cualquiera, por que nombre a los árbitros. Las partes pueden hacer tal designación en un documento posterior al convenio arbitral.

La trascendencia de la designación de la sede en Suiza, viene determinada en razón a que constituye un presupuesto necesario para la aplicación de la ley suiza (artículo 176.1 de la Ley Federal). Pero ello no representa en modo alguno un estrechamiento del ámbito del arbitraje a impulsos de una vocación reductora. La razón de ello está simplemente en que es el presupuesto necesario para determinar el llamado "tribunal de apoyo", que ha de intervenir para designar a los árbitros cuando las partes no hubieren proveído a ello. Por ello se exige que la determinación de la sede se haga precisando un lugar geográfico concreto (Zurich, Basilea, Lausanne, Ginebra, etc). Si no se hace así y como la ley suiza

determina que el Juez de apoyo es el Juez de la sede del Tribunal arbitral, resultaría que ningún tribunal suizo sería, en tal supuesto, competente para designar a los árbitros. Raymond afirma es esencial que en tal caso las partes, el árbitro o árbitros o la institución arbitral, designen cuanto antes un lugar geográfico como sede, cuando el convenio arbitral no lo determina o lo hace en términos genéricos, cual sería "Arbitration in Switzerland" (Blessing The New International Arbitration Law en Switzerland. A significant Step toward Liberalism". (Journal of International Arbitration 1988 vol. 5; nº 2, págs. 9/79)

Podemos ver que la razón de una sede en Suiza es la base de la competencia del Juez de apoyo. No existe aquí la regla del NCPC francés, según su artículo 1493, que del silencio de las partes toma base para dictar reglas atribuyendo competencia a un determinado tribunal. La solución francesa se revela superior en el terreno de la práctica. Hay una excepción a este criterio del derecho suizo. Si la parte demandada tiene su domicilio o sede en un canton concordatorio se entiende que es posible acudir al Juez del distrito que hubiera sido competente para resolver la controversia, si no existiere convenio arbitral, a fin de que actúe como Juez de apoyo.

Dijimos antes, que estas reglas sobre la determinación de una sede suiza, no corresponden a un criterio rigorista y aislacionista. Hemos dado una prueba. Corresponde ahora dar otra. La Ley Federal establece que la designación de la sede del arbitraje en Suiza es requisito necesario para aplicar la ley suiza (art. 176.1). Pero no exige en modo alguno que exista ninguna circunstancia o conexión material para que ello pueda tener lugar. No se atiende para admitir la designación de la sede en Suiza, a ningún dato relativo a nacionalidad, derecho aplicable, etc... Hay aquí el reflejo de una filosofía propia de los grandes operadores del comercio internacional, que les lleva a elegir como sede del arbitraje, un país que está desprovisto de toda relación con las partes, o con la controversia. El arbitraje suizo se abre así a las grandes operaciones comerciales, que puede convertir a su país en un amplio foro de justicia arbitral.

Las consecuencias de la designación de la sede en Suiza son importantes. Agregaré una más a lo dicho. La sentencia que se dicte, si concurren los requisitos del Convenio de Nueva York, será considerada como sentencia suiza a los efectos de su reconocimiento y ejecución en otros países. No todas las sentencias suizas serán ejecutadas en el extranjero. La razón está como se ha dicho en algún caso en que mantiene el Derecho suizo, un criterio más amplio respecto de la forma del convenio arbitral aunque para mí tal rigorismo como dije no tiene fundamento, y además porque no distingue entre cuestiones civiles y comerciales, y no limita a estas últimas el arbitraje, como hacen algunos países.

C) La autonomía del convenio arbitral.

Esta característica es reconocida paladinamente por la Ley Federal, (artículo 178.3) al negar que su validez pueda ser discutida por el motivo de que el contrato principal no fuere válido, o que el convenio arbitral se refiriese a un litigio no nacido todavía.

Esta autonomía tiene su arraigo en el objeto y función de la cláusula arbitral. Esta es un contrato de derecho procesal que establece una vía de resolución de controversias, con exclusión de la competencia de los Tribunales estatales. No es una pieza más de la operación que el contrato regula. Cuando este es cumplido según lo pactado, la cláusula arbitral queda orillada cuando el llamado contrato principal no se cumple, es el momento en que se pone en marcha aquella. Este peculiar momento y finalidad cualifican su específico régimen jurídico. La regla que aquí analizamos tiene por finalidad defender al arbitraje, en vía procesal de los ataques fundados sobre el derecho regulador de los contratos, con vistas a excluir la aplicación del convenio arbitral, y llevar la cuestión ante los Tribunales estatales. La doctrina de la autonomía tiene una fuerte carga de razón jurídica. Si existe una vía de resolución de controversias, que se ha pactado, es lógico que se utilice cuando aquellas emergen. Este principio generalmente admitido en los países interesados en el comercio internacional es proclamado por el artículo 178.3 de la Ley Federal (5).

D) Acerca del régimen jurídico del fondo de la cláusula arbitral.

Examinado el problema de la forma del convenio arbitral, conviene acercarnos a la disciplina del fondo de la misma, que es cosa distinta, como es notorio, de la cuestión relativa al derecho que fuere aplicable el fondo de la controversia.

Sobre el tema así precisado el artículo 178.2 de la LDIP suiza formula un sistema de conexiones alternativas al decir que "en cuanto al fondo es válida (la cláusula arbitral) si está establecida de acuerdo con los requisitos que exija, bien el derecho escogido por las partes, bien el que rija el objeto del litigio, y especialmente el derecho aplicable al contrato principal, bien el derecho suizo.

Puesto que estamos ante un contrato es razonable que la Ley suiza sobre el D.I.P. no enumera especialmente cuáles son los requisitos que exige la ley. Habrá por tanto que buscar en la disciplina de las obligaciones y contratos las soluciones que se requieran.

Los autores hacer enumeraciones generales suficientemente demostrativas de la amplitud de este área competencial, que no parece ofrecer singularidades como otros ordenamientos.

En esta línea se acostumbra a decir que aquí están en primer término todas las

cuestiones que hacen referencia a la arbitrabilidad de la materia que la ley disciplina con caracter previo y de las que trataremos después. A continuación se encuentran las cuestiones relativas a la concertación del convenio arbitral. Aquí está todo lo relativo a la manifestación de la voluntad de los contratantes, la oferta y la aceptación, la determinación del momento de perfección del convenio y las estipulaciones concretas que complementen su texto (designación de árbitros y de ley aplicable en su caso al convenio arbitral). Siguen a todo ello las cuestiones relativas a los vicios del consentimiento (error, dolo, temor fundado) sus vías de invocación y efectos de su existencia y prueba. Por último quedan las cuestiones relativas a la ejecución del convenio, el retraso o incumplimiento del mismo. La posible aplicación de la "exceptio non adimpleti contractus" etc.

Otra gama de cuestiones está constituida por las originadas por la existencia de cesionarios de las partes originariamente concertadas. Otras cuestiones son las relacionadas con grupos de sociedades y su actuación a través de una o varias de ellas no firmantes del convenio arbitral suscrito con la Sociedad cúpula o matriz, e intervinientes posteriormente en la ejecución del contrato principal. Algunos autores opinan en cuanto a este último supuesto que la exigencia de forma contenida en el artículo 178.1 puede representar un obstáculo para ello en muchos casos. La solución es diferente a la del derecho francés; en este no existe el requisito de forma obligatoria. Pero fundar en este punto la imposibilidad de extensión a filiales de la cláusula arbitral suscrita con la Sociedad matriz o cúpula me parece extremadamente duro dado el grado de difusión en los tribunales y en la conciencia de los juristas, de la doctrina del "lifting the corporate veil" que en definitiva tienen sus raíces en las del fraude de ley y de simulación de los negocios jurídicos.

E) El control de la validez del convenio arbitral.

El artículo 178.2 antes citado merece una nueva consideración. La validez del convenio arbitral se establece en primer término, atendiendo a su conformidad con los requisitos exigidos por el derecho elegido por las partes. Aquí se habla como en el artículo 187 de la Ley suiza, de un "Derecho" y no de una "Ley".

De aquí la doctrina y la jurisprudencia deducen que ello implica el reconocimiento de la validez de un convenio arbitral que las partes hubieren sometido al derecho internacional público o a los principios generales del Derecho (6).

En segundo término -expositivo-, pero sin expresar un orden sistemático, el convenio arbitral resulta válido si cumple las exigencias del derecho que rige el "objeto del litigio" especialmente el derecho aplicable al contrato principal. Este puede haber sido designado por las partes, puede también en aplicación del artículo 187 haber sido designado por el árbitro. Por último, el convenio arbitral es válido si resulta conforme a las "exigencias" del

derecho suizo, lo que equivale a decir que es aplicable el derecho de la sede del arbitraje.

Estamos pues ante un sistema múltiple de conexiones o vinculaciones. Algún autor a la vista del Mensaje dirigido por el Consejo Federal a las Cámaras en 1982 respecto del proyecto de una Ley de Derecho internacional privado (hoy feliz realidad) recuerda la afirmación de que se trata de un sistema inspirado en los Convenios de Nueva York (año 1958) y de Ginebra (año 1961) refiriéndose a los artículos V.1.a) del primero y VI.2 del segundo. No obstante ha de reconocerse existe una notoria diferencia como señala Raymond (7).

La verdad es que el Convenio de Nueva York establece un sistema de relación o jerarquía de leyes y otorga lugar preferente a la ley de autonomía, relegando la ley del país de la sede a regla subsidiaria. Por el contrario el sistema suizo ofrece un sistema de posibilidades, al mismo nivel, sin precedencias forzosas, que pueden utilizarse libremente conforme deseen las partes o los árbitros. Basta para utilizar esta amplia puerta con que el convenio arbitral resulte conforme con el derecho concreto al que se llama para regirlo. Esta interpretación fluye del texto y sentido de la ley. Si tal cláusula no fuere conforme con un derecho o sistema jurídico de los mencionados como aplicables al contrato principal, pero resultare válida conforme al derecho suizo el convenio arbitral es válido. Tal es la opinión del autor citado en la nota anterior quien afirma que la doctrina del *favor validitatis* del convenio arbitral que inspira el artículo 178 conduce a situar en el mismo plano los tres sistemas contenidos en el párrafo 2 del citado precepto. Lo mismo debe entenderse respecto del caso inverso. Un árbitro, con sede en Suiza habrá de resolver a favor de la validez de una cláusula arbitral, no conforme con el derecho suizo pero conforme a cualquiera de los otros derechos invocables según el texto del artículo 178 citado.

F) Las consecuencias de este sistema obliga al árbitro internacional, con sede en Suiza a reconocer la cláusula de arbitraje por referencia, cuando ello resulte de la *"lex causae"* y cualquiera que fuere la posición del derecho suizo sobre ella. También habrá de reconocerse la posibilidad de oponer una cláusula arbitral a sociedades de un mismo grupo o en el caso de los llamados contratos consecutivos si la *"lex causae"* lo admite en clara oposición con el derecho suizo, en virtud de los principios generales del Derecho o de la *lex Mercatoria* a los que se sometió tal cláusula. El tema de la cláusula de referencia ha sido muy discutido en el Derecho suizo. En cuanto a la forma han combatido dos criterios. El primero admite un reenvío global a las cláusulas de otro documento en el que conste la cláusula arbitral. El segundo exige que el reenvío se haga de modo explícito en un documento que reúna las condiciones de forma establecidas por el artículo 178.1 de la Ley Federal. El Tribunal Federal reconoció en un principio la validez de la cláusula que estudiamos en el llamado caso "Tradax". Posteriormente ha sostenido un criterio menos abierto

(caso Tracomin). La doctrina es favorable a su admisión, sometiéndola a las mismas reglas que las aplicables a las otras cláusulas que se incorporen de esta forma, y siempre que su contenido no fuere "insólito". Cuando lo fuere es necesario probar que la otra parte las conocía al contratar.

No obstante lo dicho, retorna aquí, en el ánimo de los juristas suizos, el argumento —ya expuesto anteriormente— que tomando pie en el carácter formal que según su ordenamiento jurídico ha de revestir el convenio arbitral, conforme al artículo 178.1, afirman que la ausencia de un "texto" que justifique la adhesión de otras personas distintas de las signatarias, será la mayoría de los casos un obstáculo patente a no ser que la parte firmante tuviere la calidad de representante de tales terceros (T.F. 10.10.79) Vendome Holding et Societes Cartier c. Horowitz. (Lalive Repertoire; pág 259 nº 75).

Sección XII. La arbitrabilidad de la materia (Schiedsfähigkeit)

A) Nos acercamos aquí a unos de los temas de mayor dificultad en el campo del arbitraje internacional. Es opinión común de los especialistas suizos. Su regulación debe limitar las posibilidades de objeciones preliminares y de maniobras dilatorias. Ante las numerosas soluciones propuestas para determinar el derecho que defina la arbitrabilidad de la materia, el Concordato intercantonal de 27 de marzo - 27 de agosto de 1969, adoptó una regla material disponiendo que "el arbitraje puede comprender a cualquier derecho que fuere de la libre disposición de las partes, siempre que la causa no sea de la competencia exclusiva de la autoridad judicial en virtud de una disposición imperativa de la ley" (Artículo 5). Se alega para justificar esta toma de posición que es la solución del Código Procesal holandés (artículo 1020.3) y del derecho belga (artículo 1676.1. C.J.). La solución es considerada fácilmente aplicable en el arbitraje interno; es práctica y accesible sin exhaustivas investigaciones.

Más todas estas ventajas se esfuman cuando nos situamos en el campo del arbitraje internacional. Aquí se requiere el estudio de la posible disponibilidad del derecho sometido al arbitraje; ello exige el estudio del derecho material que los regula y la tarea puede ser en ocasiones ardua. De otra parte es opinión muy generalizada que la expansión de la materia no arbitrable e impulsos del derecho interno y las limitaciones y restricciones impuestas a la libre disponibilidad de ciertos bienes y derechos no están adaptadas al comercio internacional. (8).

A la vista de estas realidades el Comité de Expertos y el Consejo Federal suizos han decidido resolver el problema mediante una regla de derecho material de derecho

internacional privado, en lugar de recurrir a la técnica de una nueva regla de conflicto con sus complicaciones secuenciales.

Su criterio ha quedado expresado en el artículo 177 de la Ley suiza que vengo analizando que dice "Toda controversia de naturaleza patrimonial puede ser objetos de arbitraje".

La doctrina, al comentar favorablemente esta solución, contrasta este texto con el de otras leyes extranjeras que como la de Suecia se contentan con referirse a cualquier cuestión de naturaleza civil que pueda ser objeto de un acuerdo compromisorio... (artículo 5º). Se dice agudamente por Lalive que el modelo sueco no resuelve la cuestión, sino que más bien plantea una serie de ellas (9).

Se ha producido aquí una importante mutación. La arbitrabilidad de la materia ya no se rige por la "lex causae" ni por la ley nacional de las partes sino por la "lex arbitrii". El precio que puede pagarse por esta solución es que acaso una sentencia dictada en Suiza no fuere ejecutada en algún país extranjero por razón de la aplicación del artículo V.2.a) del convenio de Nueva York, pero según la opinión prevalente "este riesgo parece mínimo si se compara con la incertidumbre resultante si se hubiera adoptado el criterio del Concordato intercantonal y además "ningún criterio puede eliminar totalmente tal riesgo" (10).

B) Examen sucinto de la materia arbitrable según el Derecho Suizo.

Una síntesis apropiada a la naturaleza de esta investigación, puede resumirse como sigue:

1º. La noción de "patrimonialidad" atribuida a la materia arbitrable no está definida en la Ley Federal ni en el "Message du Conseil Federal" a las Cámaras de comercio relativo a un proyecto de Ley Federal sobre el Derecho internacional privado, publicado en 1982.

Nos encontramos ante una noción "exterior" a la ley e incorporada a ella. Se considera por la doctrina como noción más económica que jurídica; por ello la opinión científica manifiesta un decidido propósito de expansión del ámbito del arbitraje internacional.

En realidad a favor de un criterio amplio en esta materia concurren datos tradicionales referidos al ordenamiento jurídico suizo. En este el arbitraje nunca quedó limitado a las causas comerciales ni a las de índole contencioso privado, excluyendo lo contencioso administrativo (11). Por ello puede concluirse de acuerdo con la doctrina que toda controversia que tenga un valor pecuniario directa o indirectamente para alguna de las partes entra dentro de la noción examinada y por tanto del artículo 177 ya fuere de derecho pri-

vado o de derecho público incluido el contencioso subjetivo.

En esta amplia fórmula se comprenden las nacionalizaciones y aquellas en las que hayan de discutirse cuestiones de derecho público (concesiones, cláusulas de estabilización, etc).

Se incluyen en esta enumeración cuestiones de Derecho internacional como la de la existencia o no de condiciones necesarias para el reconocimiento de una medida de nacionalización.

2º La amplitud concedida a la noción de "patrimonialidad" no excluye la existencia de límites. La ley federal excluye del arbitraje a los derechos no patrimoniales. Incluso en materia patrimonial hay materias no arbitrables que quedan sometidas al orden judicial en razón de leyes imperativas. Tales son las llamadas normas de protección de determinadas clases o niveles sociales. Las leyes de arrendamientos, las de compras a plazos, las cuestiones laborales quedan en principio excluidas.

Más aquí un sector de la doctrina entiende que también estas causas pueden ser objeto de arbitraje internacional. La especialidad del caso, está en que ha de resolverse previamente, si las prohibiciones de derecho interno suizo, tienen un carácter imperativo absoluto o por el contrario carecen de él, y pueden estimarse como inaplicables en el arbitraje internacional. En el primer caso se declarará incompetente el Tribunal arbitral. Se discute si una acción real inmobiliaria puede ser objeto de arbitraje si las partes están conformes a pesar de la prohibición del artículo 97 de la Ley de DIP. Otras materias son menos dudosas. Por ejemplo las relativas al contrato de arrendamiento de inmuebles suizos o a las ventas a plazos parecen difícilmente eliminables del campo de la materia no arbitral.

La cuestión se remite a la investigación relativa al campo del orden público internacional, objeto de otro capítulo de este trabajo y no puede ser tratada aquí por razones de orden y método. El árbitro tendrá en cuenta aquellas prohibiciones y limitaciones que formen parte del orden público internacional suizo.

3º El derecho suizo admite ampliamente la arbitrabilidad de las cuestiones relativas a la propiedad intelectual e industrial y de los acuerdos relativos a las marcas "Ententes" o Carteles industriales y comerciales. No debe olvidarse que tratamos aquí del ámbito del arbitraje internacional.

4º Se discute si el árbitro con sede en Suiza debe tener en cuenta las reglas de orden público contenidas en el derecho extranjero especialmente aquellas contenidas en la "lex cause" que limiten la arbitrabilidad o la prohiban respecto de determinadas materias.

Frente a la posición estricta que entiende debe responderse afirmativamente (Bucher) se alza la de aquellos que sostienen que "el criterio escogido por el legislador suizo depende de la naturaleza de la causa y no de la ley por la que se rige, y por ello el árbitro con sede en Suiza no tiene que atender a las prohibiciones de la ley extranjera ya que el único límite que debe observar es el del orden público internacional suizo conforme al artículo 190.2 de la ley que se comenta. Además el artículo 187 constituye la regla de conflicto propia del arbitraje y no reenvía a las disposiciones generales de la ley sino que encomienda al Tribunal Arbitral resuelva según las reglas de derecho escogidas por las partes y cuando hubiere elección de esta. Otros autores como Lalive y Grossen parecen ser muy reservados frente a la tesis citada en primer lugar (12).

5º Por último parece útil decir que se ha discutido la naturaleza del artículo 177 de la Ley que comentamos en los precedentes apartados de esta sección, y que señala o delimita la materia arbitrable. A primera vista se entiende que tiene carácter imperativo. Ahora bien al configurar el arbitraje como una excepción oponible en juicio, parece permitirse, a juicio de algunos autores, que si las partes estuvieren conformes, podrá el Tribunal arbitral entender de ello. Todo ello supone asumir un riesgo cual es la posibilidad, certeza diría yo de que en el "exequatur" la sentencia arbitral se atasque. Incluso quienes entran en esta vía piensan que ha de existir un límite; esta se encuentra expresado por el orden público internacional suizo. Un caso típico está constituido por la tradicional afirmación de que es imposible que los árbitros puedan pronunciar una sentencia de divorcio (13).

6º Solo queda para terminar este análisis, examinar una garantía de la "bona fides" contractual contenida en el párrafo 2 del citado artículo 177 de la Ley Suiza sobre el DIP de 18.XII.1987.

En esta sede se niega al Estado que ha concertado una cláusula arbitral, la posibilidad de impugnar la misma en base a su propio ordenamiento jurídico interno. Así lo hizo Yugoslavia en el asunto *Losinger* y después Bangladesh en el asunto *SGTM*.

De la aplicación de esta doctrina protectora de la "bona fides" puede resultar una modificación específica de los límites de la materia arbitrable según el derecho interno, que no son invocables en el caso frente al cocontratante de buena fe. La doctrina puede ofrecer matices de interpretación si la parte no estatal hubiere conocido o debido conocer la falta de arbitrabilidad o la incapacidad alegada por el Estado comprometido, tal es el caso de la Sentencia *FRAMATOME c. AEDI*. Este artículo 177.2 coincide con el artículo 2.1. del Convenio de Ginebra de 1961, con el artículo 12 del Convenio de Basilea sobre inmunidad de los Estados de 1972 y con una numerosa jurisprudencia tanto interna como internacional. Los casos "*Galakis*", *Elf Aquitaine c. NIOC*. *Framatome c. Atomic Energy Organisation of Iran* se refieren a estas materias.

Esta praxis demuestra que la cualidad de arbitrable de una controversia debe analizarse no sólo desde el punto de vista de la materia a la que se refiere, sino además atendiendo a la capacidad de las partes para comprometer. El análisis del caso "ratione materiae" y "ratione personae" nos llevarán a determinar si la controversia es o no arbitrable. Así se manifiesta Lalive (14). La solución positiva de esta cuestión, así como las de la validez formal y material del convenio arbitral constituyen el fundamento de la competencia del árbitro en el caso concreto.

Notas a la Sección XII (capítulo primero)

- (1) A. Bucher. Le nouvel arbitrage international en Suisse, Bale et Francfort. 1988; pags. 44-45; nº 108-109.
- (2) J. F. Poudret; P. Lalive y G. Reymond. Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse. Payot. Lausanne. 1989 pag 26.
- (3) Obra citada en nota 1; pag 47 y sgts; nº 117. Este autor cita dos sentencias del Tribunal Federal pronunciadas en los casos Tradax (ATF 110-II-54) y Tracomina (ATF 111 Ib 253) Reymond contesta a ello diciendo que tal mención "nada agrega a la discusión ya que se trata de supuestos no discutidos de aplicación de dicho Convenio internacional. Cosa distinta es si la lista de los medios de concertación incluidos en el artículo II de tal Convenio es inmodificable por los derechos nacionales. Nada en su texto permite decir que el Tribunal federal hubiera extendido el alcance del Convenio más allá de esos dos casos". El primer caso se refería a un supuesto de excepción de arbitraje y el segundo a un caso de "exequatur". Obra 8 citada en nota 1 pág. 317 nº 7 in fine. El autor citado agrega en la página anterior que el Tribunal Federal, aprobando una jurisprudencia cantonal anterior ha asimilado recientemente el telex al telegrama.

No obstante esta opinión ha de citarse la sentencia de 20.1.1987 dictada por el Tribunal de Apelación de París en la que se sostiene la superioridad de las reglas del citado Convenio (Bomar Oil; Clunet 1987, páginas 941, 1961-64. Hay aquí unas importantes observaciones de Loquin.

- (4) Así opina Lalive. Le chapitre 12 de la Loi Federale sur le droit international privé suisse. Travaux des Journées d'etudes organisées par la CEDIDAC. Lausanne. 1988.
- (5) "Este artículo 178.3 de la Ley Federal tiene una redacción demasiado abrupta y que hubiese sido mejor decir que la cláusula arbitral no puede impugnarse por motivos que afectan a la validez y eficacia del contrato principal. De esta manera se

separarían estos casos de aquellos otros en los que ciertos motivos de impugnación pueden directamente producir la invalidez de la cláusula arbitral (vicios del consentimiento, ausencia o insuficiencia del poder del representante) y que hubieren concurrido en el momento de concertación de aquella" Reymond. Obra citada en nota 2; página 326.

- (6) Sentencia Isover Saint Gobain c. Dow Chemical. Rev Arb 1984 pág 137. También París 21.10.1983, Rev Arb 1984 pág. 98.
- (7) Reymond; ob cit nota 2 pag 323.
- (8) Reymond; obra cit. pag 303. Lalive obra citada nota 4ª de esta Sección. pág 212.
- (9) Lalive; ob cit. pág 212 "in fine".
- (10) Reymond, obra citada pág 305.
- (11) Reymond, obra citada pág 306.
- (12) Reymond ob cit. pág 308. Cita a Lalive y a Grossen, quienes guardan reservas sobre la opinión citada de Bucher.
- (13) Bucher Arbitrage International, pág 39; nº 92 y 93. Citado por Reymond. Ob cit. pág 309.
- (14) Lalive; obra citada, pág 214.

Sección XIII. El Convenio Arbitral según el derecho alemán

A) Su contenido.

Los dos tipos de convenios arbitrales, de los que hemos venido tratando se unifican por el derecho alemán en una sola institución conocida como Schiedsvertrag. Este convenio comprende en su ámbito tanto a los litigios ya nacidos, como a los futuros que puedan surgir de una relación jurídica determinada.

La identificación de esta última es necesaria para que el convenio arbitral adquiera fuerza vinculante (Sección 1026 de la Z.P.O.). Ello implica la exclusión del área de validez correspondiente a esta institución de toda clase de pactos genéricos por los que pudiera convenirse al arbitraje de toda clase de relaciones jurídicas, sin precisar cuáles fueren estas.

La distinción del arbitraje de otras figuras afines se hace atendiendo al contenido del Convenio (1).

B) La ley alemana se preocupa de garantizar expresamente el ejercicio de la libre voluntad de las partes al convenir el arbitraje. La Z.P.O. dispone que la cláusula arbitral es nula si una parte ha ejercido una dominante posición económica o social, ya fuere en su constitución, o en la aceptación de cláusulas o acuerdos que confieran superioridad a tal parte en el arbitraje (Sección 1025).

Estas formas de abuso pueden surgir en situaciones muy diferentes. Se producen ciertamente cuando una parte se enfrenta a un monopolio o cuasimonopolio. Otro tipo de abuso se origina cuando se adquiere privilegio (la doctrina alemana prefiere la expresión de "posición dominante") en la fase de nombramiento de árbitros, desnivelando así la composición del Tribunal arbitral. No cabe duda que existen y pueden existir numerosos tipos de abuso distintos de los anteriores. La salvaguardia de la parte débil en el convenio está en la declaración de nulidad de los mismos que formula la Ley. Así se extrae la cuestión del ámbito de la libertad de pactos y se declara como materia no negociable.

C) Desde el punto de vista de la forma deben distinguirse aquellos convenios arbitrales comprendidos en la dinámica de una negociación comercial (Handelgeschäft) concertadas entre partes consideradas como verdaderos comerciantes (Volk Kaufmann), de aquellos otros en los que no se producen tales circunstancias de sabiduría y experiencia en la conducción de los negocios. (2).

En el primer caso el arbitraje es informal y puede concertarse incluso oralmente. También es admitida la concertación tácita del mismo, cuando un uso favorable al arbitraje, existe en la clase de negocios de que se trate en cada caso.

Cuando no se trata de operaciones comerciales de la clase aludida, el convenio arbitral debe formalizarse por escrito, en documento separado y firmado por las partes y que contenga la cláusula arbitral completa según dispone la Sección 1027 de la Z.P.O. Dicho documento no debe contener ninguna referencia a materias ajenas al arbitraje.

La referida regla en nada se opone al sistema usualmente seguido de cláusula arbitral inserta en el texto de un contrato como luego veremos.

D) En cuanto a la capacidad necesaria para concertar el arbitraje rigen las mismas reglas jurídicas que regulan esta materia con relación a los demás contratos. No existe ninguna distinción entre personas físicas o jurídicas; entre nacionales y extranjeros. El Estado y las entidades dependientes del mismo, pueden concertar arbitrajes si la relación jurídica a

la que se refiere el arbitraje se rige por el derecho privado. No obstante, las Agencias del Gobierno Federal y de los Länder necesitan autorización del Ministerio de Finanzas.

E) La materia arbitrable.

La ley de 25.7.1986 sobre Derecho internacional privado, modificó diversas Secciones de la Z.P.O. relativas al arbitraje. Según sus reglas son arbitrables toda clase de controversias que afecten a materias que puedan ser objeto de contratos. No es válido pactar un arbitraje sin definir la relación jurídica de la que la controversia pudiera originarse. Es nula como ya dijimos antes de una renuncia general del derecho de acudir ante los Tribunales.

Hay ciertas excepciones a esta regla general de arbitrabilidad. Una materia excluida es la relativa a las rentas de las viviendas (Sección 1021 Z.P.O.); otra está fundada en la Ley de prácticas restrictivas de la competencia (Sección 91.1) de 1974, pero en este caso es accesible el arbitraje si existe una cláusula que autorice a las partes a elegir entre la vía judicial y la arbitral. Es posible también atribuir competencia a los árbitros en esta materia, cuando exista ya una controversia. Ello debe de hacerse en documento separado (Sección 91.2).

La insistencia legal en el documento separado, traduce un innegable temor o desconfianza del legislador respecto de otras fórmulas en las que la voluntad de las partes no asiente específica y únicamente sobre el convenio arbitral, sino que lo hace en general sobre un conjunto de cláusulas de texto dificultoso y a veces en caracteres tipográficos de reducido tamaño y de impresión en grandes bloques, abrumadores para quien intente su lectura.

F) Es importante destacar aquí que las partes pueden facultar a los árbitros para hacer la adaptación de los contratos a los cambios de circunstancias fundamentales que no fueron previstas. También pueden autorizarlos a que completen aquellas cláusulas o estipulaciones que voluntariamente dejaron sin cerrar en el momento de la concertación del contrato principal. Esta función conocida en nuestros ordenamientos ("filling of gaps" en los anglosajones), puede ser cumplida también por medio de la valoración pericial (Schiedsgutachten) si las partes lo hubieren acordado.

G) La autonomía de la cláusula arbitral.

El reconocimiento de la sustantividad propia del convenio arbitral inserta en los Convenios Internacionales y en Leyes de muchos países que reconocen constituye un "tipo jurídico" de pacto, diferenciable de todos los demás, y con un régimen jurídico propio e

independiente no puede ser alterado por razón de su sede textual. Sería erróneo concebir que una localización documental pudiese variar la naturaleza o esencia de tal pacto. En documento separado o inserto como cláusula en otro referido a otro contrato, el convenio arbitral es siempre el mismo e independiente de toda otra relación jurídica en cuanto a su sustancia y por ello en cuanto a su régimen. Otra cosa es que provea a la resolución de conflictos que afecten a otra relación jurídica. La consecuencia más importante de esta independencia institucional es la atribución de una inmunidad al convenio arbitral respecto de toda clase de impugnaciones dirigidas contra el contrato principal. Estas siguen su suerte pero no afectan al convenio arbitral. La validez del citado contrato puede ser discutida, por tanto ante el Tribunal arbitral constituido conforme a la cláusula arbitral.

La opinión contraria surgió de un estado de opinión reductor del campo de acción del arbitraje, reservando a los Tribunales de Justicia las cuestiones de la naturaleza apuntada, las que en unión de otras constituyen el objeto final del convenio que por medio de la constitución de un Tribunal arbitral y de la designación directa o mediata de una Ley trata de resolver una controversia. El transcurso de los años fue revelando la escasa fundamentación de esta polémica.

Como en tantas otras cuestiones la práctica jurídica del comercio internacional adelantó las soluciones correctas. El Comité Alemán para el arbitraje. (Deutscher Ausschuss für Schiedsgerichtswesen con sede en Bonn, autoriza a los árbitros para actuar positivamente en este punto. Así consta en el modelos de cláusula que propone. También la Jurisdicción tuvo que abandonar sus primeras posiciones rigoristas. El Tribunal Supremo Federal rectificando anteriores posiciones ha confirmado la doctrina de la autonomía de la cláusula arbitral respecto del texto del contrato en el que estuviere inserta, que ha dominado la evolución de la doctrina (S. 27.2.1970. BGHZ 253.315).

Acertadamente GLOSSNER añade otra razón. Si la cláusula —como es costumbre— está redactada en términos amplios, es decir, comprendiendo toda clase de controversias que pudieren surgir en relación con el contrato principal, es evidente que comprende asimismo las que se refieren a la validez del mismo (3). De ello se sigue que los árbitros tienen competencia para entender de las cuestiones que afecten a la validez del citado contrato.

H) La otra cuestión básica a considerar desde el punto de vista del Derecho alemán es la relativa a la impugnación directa del convenio arbitral por alguna de las partes.

En un primer momento se entendió, como en otros países, que la materia relativa a las nulidades en sus diversas clases, y la inexistencia de los negocios jurídicos no podría sustraerse a la competencia de los Tribunales ordinarios. La situación consiguiente fué dura-

mente criticada por la doctrina que se cebó en la extraña situación de un Tribunal al que no se le permitía resolver sobre su propia competencia y que en todo caso de impugnación venía obligado a declinarla. También fué objeto de crítica el lamentable portillo que se abría a toda clase de maniobras obstruccionistas o simplemente dilatorias, todo lo cual esterilizaba al arbitraje que quedaba relegado y detrás de un proceso civil, a entender de una cuestión que por su propia naturaleza requiere soluciones rápidas.

La evolución de las ideas y la fuerza del Derecho comparado, además de las razones virtualmente contenidas en la regulación del convenio arbitral por los Convenios internacionales llevaron a la crisis del sistema. El reconocimiento de los árbitros para resolver sobre su propia competencia (principio conocido en Alemania como Kompetenz-Kompetenz) se incardina en la Sección 1037 de la Z.P.O. por la que se faculta a los árbitros a tramitar el procedimiento y a dictar sentencia incluso si se hubiere impugnado la validez del propio convenio arbitral o se alegare que este no comprende la controversia. Esta resolución arbitral está sujeta al control del Tribunal competente conforme a la Sección 1041.1 nº1 de la Z.P.O.

1) Los efectos del convenio arbitral.

A) Como en todos los sistemas jurídicos que participan de la moderna cultura del arbitraje, el Derecho alemán reconoce las dos consecuencias normales de la concertación del pacto arbitral; de una parte la válida constitución del Tribunal arbitral; de otra la exclusión de la competencia de los Tribunales de Justicia.

B) Como consecuencia de todo ello se regula también el tratamiento de la defensa del convenio arbitral frente a otras jurisdicciones. Se articula por la vía de la excepción procesal correspondiente. La naturaleza de esta implica que ha de ser alegada por las partes sin que el Tribunal pueda admitirla de oficio. Si las partes no la propusieren, los Tribunales ordinarios actuarán en uso de su jurisdicción. Cabe por tanto que ambas partes de común acuerdo renuncien al convenio de arbitraje. Por el contrario, si no hay acuerdo, cualquier parte puede proponerla y el Juez la admitirá necesariamente Sección 1027 de la Z.P.O. y la Sección 282.3.

Notas a la Sección XIII

- (1) El derecho alemán, como otros sistemas jurídicos, conoce otras instituciones próximas al arbitraje (Schiedsgerichtsbarkeit). Tales instituciones se agrupan bajo el concepto de valoraciones periciales de un bien concreto o de otro interés, conocidas como "valuations" o "appraisal" en el derecho anglosajón y como "Schiedsgutachten" en derecho alemán. Algunas notas caracterizadoras nos servirán para advertir que aquí estamos muy lejos del verdadero arbitraje.

La misión del "Schiedsgutachter" es la determinación de una cuestión de hecho —no de derecho— y con carácter vinculante para las partes. Esta cuestión puede ser el precio adecuado de una cosa, la existencia y cuantía de unos daños etc... Nunca puede resolver una cuestión jurídica sustituyendo, como ocurre con el Tribunal arbitral, a los Tribunales de Justicia.

En la realidad de la vida y ante la ausencia del "nomen iuris" adecuado, la institución se revela atendiendo al sentido y alcance de la misión que las partes confieren a un tercero. Cuando se trata de la determinación o fijación de un hecho estamos ante un dictamen o evaluación pericial al que se atribuye carácter vinculante por acuerdo de las partes.

La calificación de un pacto como "Schiedsgutachten" lleva consigo la exclusión del mismo del campo de aplicación de las reglas de la Zivilprozessordnung relativas al arbitraje. El vacío resultante se cubre atendiendo a la naturaleza meramente contractual de esta institución, que estando fuera del campo procesal, sirve para completar una relación jurídica por medio de la intervención vinculante de un tercero.

En atención a esto su regulación ha de encontrarse en el Código Civil Alemán (Bürgerliches Gesetzbuch). Ello trae como consecuencia que no se requiera ninguna forma específica para su concertación, y que la resolución del perito puede ser anulada por el Tribunal si no resultare racional, lo que implica un control sobre el fondo de sus resoluciones. Las causas de impugnación de las sentencias arbitrales no son de aplicación. La resolución del perito, aunque vinculante para las partes, carece de fuerza ejecutiva directa; su cumplimiento frente a parte renuente ha de pedirse a los Tribunales, como el de cualquier otro contrato.

Una variante de esta "pericia vinculante" se encuentra en el llamado "arbitraje de calidad". Según la opinión común de la doctrina, consiste en la determinación por uno o varios peritos de la calidad de los bienes objeto de una operación mercantil, para comprobar si coincide con la especificación de los mismos que se hace en el contrato "Schlosser; P., Das recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, pág 826 y 334. Tomos I y II respectivamente 1975; Glossner Das Schiedsgericht in der Praxis. 1978).

En la práctica muchas asociaciones mercantiles practican este arbitraje de calidad, sujetándose a sus propias reglas. Las más conocidas son las acordadas por la Hamburguer Freundschaftliche Arbitrage, según las cuales se encomienda la cuestión a dos peritos nombrados cada uno por la parte correspondiente. Si no alcanzan conformidad para dictar resolución se nombra un tercer perito, por ellos, o por la sociedad. En este caso prevalece la resolución adoptada por mayoría.

Glossner nos advierte que la mezcla en la misma parte de las Reglas de la Asociación "Hambürguer", antes citada, de normas aplicables a la "valuation" o pericia vinculante y al verdadero arbitraje hace que a veces el sistema resulte confuso. Además —agrega— en ciertos casos la cuestión puede llevar a un verdadero arbitraje y esta transformación no resulta clara en tales reglas".

- (2) Sigo en este análisis la exposición de Glossner. *International Handbook of Commercial Arbitration*. Kluwer 1984. Voz Federal Republic of Germany Voll II. Uno a ello comentarios míos.
- (3) Glossner. Ob cit. pág. 7.
- (4) Resulta interesante contrastar estas opiniones con las coincidentes de la doctrina francesa expuestas con mayor detalle en la Sección 1ª de este Capítulo I.
- (5) Conviene agregar aquí que las partes pueden designar el lugar donde se desarrollará el arbitraje.

Si no existe tal determinación los árbitros pueden hacerlo libremente. Se entiende que la ley procesal de la sede del arbitraje es aplicable al procedimiento arbitral. Si tal sede está situada en el extranjero, es admisible su ley. La doctrina germana entiende que por ser el arbitraje una institución de naturaleza contractual, las partes pueden escoger libremente cualquier ley. Si la sede es alemana, pero la ley que regula el procedimiento es extranjera, la sentencia que se dicte, será considerada extranjera: por el contrario, si las partes designan una plaza extranjera como sede pero designan como aplicable la ley alemana, la sentencia que se dicte será considerada alemana y los Tribunales de este país serán competentes para entender del recurso de nulidad formulado contra la misma. Así lo declara la Ley de 22 de marzo de 1961 por la que se da fuerza y vigencia jurídica al Convenio de Nueva York en la República Federal Alemana (Sección 2.1.). El problema aquí sistetizado en esta nota es diferente de la cuestión relativa a la determinación de la ley aplicable al fondo del asunto.

Terminaré esta nota diciendo que la Ley alemana concede completa libertad a las partes para regular el procedimiento arbitral. Si no lo hicieran, los árbitros tienen facultad discrecional ("freies ermesen") para regularlo. Generalmente los árbitros suelen seguir, aunque de modo informal las reglas procesales de los Tribunales de Justicia.

Sección XIV. El Convenio arbitral en el derecho italiano.

A) Su forma y contenido.

a) Me referiré primero al derecho interno para establecer el necesario contraste con el arbitraje internacional.

El Codice di Procedura Civile en sus artículos 806 y 808, después de la reforma introducida por la ley 28 de 9.2.1983, dispone que la noción de "convenio arbitral" comprende tanto a la cláusula arbitral, como al compromiso. Coincide así su concepción, con el parecer de la doctrina y de las legislaciones más adelantadas, que han reconocido el gran papel que la citada cláusula ha alcanzado en el desarrollo jurídico de la civilización moderna en materia de comercio internacional.

Igualadas ambas formas de convenio arbitral, se dispone en cuanto al derecho interno que es necesaria forma escrita para su validez. Se considera que el convenir un pacto de esta naturaleza, excede de las facultades de administración ordinaria. Esta regla se aplica al arbitraje procesal o "arbitrato rituale". Es un requisito "ad solemnitatem". Respecto del arbitraje contractual "arbitrato irrituale" no existe disposición expresa, pero su asimilación a la transacción, y la exigencia del artículo 1967 del Cc de que esta se pruebe por medio de escrito, lleva a que al menos "ad probationem" se requiera forma escrita. A ello conduce además el precepto citado que impone la forma escrita, "ad substantiam", cuando la transacción afecte a inmuebles o derechos reales sobre los mismos. Dejaremos aquí para un lugar posterior la atrayente cuestión del régimen del "arbitraje irrituale".

Esta exigencia de forma escrita no debe interpretarse en un sentido maximalista. No significa que toda cláusula haya de constar en un único documento firmado por ambas partes. Se admiten el intercambio de cartas, de telegramas o de telex. Se observa que estas dos últimas modalidades, al no estar firmadas por las partes, pueden plantear algunos problemas en la práctica (1).

Estamos hablando del arbitraje interno o arbitraje doméstico. Sus reglas son notoriamente muchos más estrictas que las que regulan el arbitraje internacional según las normas del Convenio de Nueva York de 1958.

b) La jurisprudencia italiana conoce junto a los documentos que contiene, un convenio arbitral, a aquellos otros que contienen posteriores especificaciones relativas a una cláusula arbitral, pactada en otro documento suscrito por las partes. Nos encontramos aquí con la regulación de la llamada "cláusula de referencia", esto es aquella que consta en documento distinto de aquel en el que consta el convenio arbitral.

La Casación italiana ha considerado válida esta "relatio" en sus sentencias de 14.2.1979 nº 965; 18.2.1978 nº 1842; 18.9.1978 nº 4167, etc... Interpretando adecuadamente el concepto de "referencia" y su eficacia, se entiende que aquella (relatio) puede hacerse respecto de principios legales, normas o documentos oficiales y a anteriores convenios de arbitraje. Estos últimos deben cumplir los requisitos que se exigen para concertar una cláusula arbitral.

Si este supuesto no se cumpliera no sería válida la cláusula "per relationem". Otro defecto esencial sería que el documento al que se hace referencia, no estuviera firmado por las partes, o que la cláusula arbitral, no figure en aquel.

c) La jurisprudencia italiana, consciente de la importancia y trascendencia de la cláusula arbitral, señala especialmente que no sólo es necesaria una forma escrita, sino que es necesario además que en el texto de aquella conste "la clara e inequívoca voluntad de las partes comprometidas en someter al arbitraje la resolución de sus controversias".

Bernini nos dice que el sistema legal italiano se basa en los principios de "giustizia naturale" (Constitución; artículo 102) y en la regla de protección de la parte contractual más débil (Codice civile; artículo 1341). Esta es la razón de que se exija la "clara e inequívoca voluntad de someterse al arbitraje" como otro requisito más para la validez de tal cláusula.

El artículo citado del Cc. relativos a las condiciones generales de los contratos, cuando estos han sido elaborados por una sola de las partes, exige para su validez "que al momento de la conclusión del contrato, la otra parte las hubiera conocido o hubiera debido conocerlas, usando de la diligencia ordinaria. Como complemento específico de tal regla dispone en su párrafo 2º que en todo caso no tienen efecto, *si no han sido específicamente aprobadas por escrito*, las cláusulas que establecen a favor de quien las ha preparado, determinadas reglas de carácter excepcional, entre las cuales pueden estar las cláusulas compromisorias (2).

Esta regla se aplica directamente a aquellas cláusulas de esta naturaleza en los contratos de adhesión, en los que la parte más débil se tiene que someter a lo que la otra propone, o no puede contratar (3).

La doctrina y la jurisprudencia distinguen el contrato de adhesión del contrato tipo, que resulta de una homogeneización de las condiciones de contratación y que ha sido fruto de la colaboración de las partes a nivel de igualdad (Casación 15.9.1977, núm. 3989; 29.XI.1991 Núm. 8878; Núm. 12835 Giurisp.ital. 1922 I. 1 1512). Por consiguiente se ha declarado no ser aplicable la doctrina del segundo apartado del citado artículo 1341 del Cc. ya que no se ha obtenido la aprobación por mera adhesión. Aquí ha

habido la adecuada libertad de las partes. Ha habido negociación y no mera adhesión. En estos casos la "cláusula de referencia" tiene el carácter de referencia válida o perfecta (relatio perfecta).

No estará de más que insistamos en la noción aquí expresada, equivalente a referencia válida o perfecta a otro documento en el que conste la cláusula compromisoria válida. Entre la abundante jurisprudencia seleccionada parece razonable atender los pronunciamientos del Tribunal de Casación italiano en la sentencia de 12.2.1968 (Nº 470) y que son como sigue. "El contrato " per relationem perfectam" postula la paridad de la participación de los contratantes en su formulación, y revela su plena igualdad en la común voluntad de determinan su contenido mediante la referencia a otra fuente, conocida por ambas. Como consecuencia de ello, el pacto al que se hace referencia es recibido en su integridad y el reenvío al mismo, formulado por los contrayentes, equivale a la transcripción material del mismo en el documento por ellas suscrito. Por tanto cuando el acto referido contenga una cláusula compromisoria, resulta esta también insertada materialmente en el documento, en el que se hace la remisión y también a la misma se extiende la suscripción por los contratantes, de lo que se deriva no puede plantearse fundadamente una cuestión de nulidad de la cláusula por defecto de forma.

Este principio general se enfrentó con el régimen de los contratos públicos en los que por regla general las condiciones de contratación se preparan solo por la Administración. La solución hubo de buscarse en la afirmación de que los contratos preparados por la Administración sin aprobación específica de sus cláusulas por el otro contratante, no caen dentro de el supuesto del artículo 1341.2 del Cc italiano, por que no se trata de un contrato de adhesión cuya disciplina se aplica solo a la contratación en masa. (Laudo arbitral Bari 30.10.1988 im Rass.arb 1990.250)

Desde este punto de vista se han admitido por la jurisprudencia la validez de cláusulas no específicamente aprobadas por el cocontratante en contratos públicos, en pliegos de condiciones para obras públicas y en otras materias. La doctrina me parece razonable pero no exactamente fundada. Sostener que la Administración no contrata en masa, cuando emplea el mismo modelo de pacto en centenares de operaciones al año me parece forzado. El "privilegium" de la Administración ha de buscarse en una ley positiva. La que permite - mas bien obliga - a la Administración a preparar los modelos de contrato y los pliegos de condiciones sin necesidad de aprobación del contratante. No niego desde mi personal punto de vista que esta posición no sea deficiente y no satisfasga a una concepción mas depurada de la etapa precontractual. Creo que una colaboración entra la Administración y los administrados sería útil a fin que estos pudieran mejorar algunos aspectos del proyecto administrativo. Reconozco que hoy en día el privilegio apuntado existe y excluye "per se" a los contratos públicos del area del artículo 1341 C.civile. El tema excede

del contenido de esta sección e incide en la doctrina de la necesaria participación de la sociedad en la colaboración de los reglamentos y de los pliegos de condiciones de los contratos públicos.

D) Terminaré este análisis con una referencia al arbitraje internacional . El artículo II del convenio de Nueva York señala los requisitos formales de la cláusula arbitral (4).

A la vista de tal precepto la jurisprudencia italiana, ha declarado que el convenio arbitral puede ser concertado por el mero cambio de cartas o telegramas (Casación;Ss 6.7.1984 nº 4039; 14.11.1991, nº6035). Incluso se ha reconocido que no es necesario demostrar que se han contraído obligaciones por las partes respecto del arbitraje, ya que es suficiente que las partes consideren haber concertado , bien por actos, o por medio de contrato, someter sus controversias al arbitraje.

La doctrina de los Tribunales italianos declara que no es de aplicación el artículo 1341 del Cc, antes comentado al arbitraje internacional, ya que es mera norma cautelar para la válida concertación del convenio arbitral por personas libres y, es establecida por el derecho interno, y que el sistema relativo a esta materia en campo internacionales.

Ahora bién esta doctrina jurisprudencial de exclusión del artículo 134.1 del C.c. se aplica, siempre que los jueces adquieran a la luz de la ley extranjera, la completa convicción de que existe "una clara, inequívoca y válida voluntad de renuncia a la jurisdicción italiana, en favor de los arbitros extranjeros".

Respecto de las cláusulas "per relationem", es decir las que hacen referencia a una clausula arbitral comprendida en el texto de otro contrato suscrito por las partes, han sido consideradas como válidas dentro del campo del arbitraje internacional. El tribunal de Casación así lo ha declarado en diversas sentencias (14.2.1979, nº 965;18.4.1978, nº 1842 y otras). Es necesario para que alcancen validez, que el documento al que se hace referencia, cumpla además los requisitos de validez exigidos por la ley aplicable y que - como hemos advertido antes- esté firmado por las partes. En otro caso no sería aplicable la doctrina que aquí exponemos.

B) La Materia Arbitrable

Está constituida por aquellos derechos sobre los que las partes pueden disponer según la Ley (C.P.C.; arts. 806 y 808). Los que no tuvieren tal condición por disposición legal, o por su propia naturaleza, no pueden ser objeto de arbitraje. El convenio arbitral respecto de estos, resulta nulo según el artículo 1966 del Cc en relación con los antes mencionados el Codice di Procedura Civile.

Entre las materias excluidas, a título enunciativo, citaré en materia que interesa a la actividad mercantil a la controversias que se refieren a la validez de patentes y marcas comerciales, en cuanto se refieran al acto (concesión) del derecho exclusivo. Las controversias sobre interpretación o ejecución de cláusulas contractuales en esta materia que no se refieran a la concesión, y puedan ser tratadas mas separadamente, son arbitrables.

Quedan asimismo excluidos de la materia arbitrable todo lo relativo a los contratos individuales de trabajo y de agencia. Con relación a este último la doctrina cuestiona la amplitud de esta prohibición, que por algunos autores se entiende referida, sólo al caso en que el agente fuere persona física. Otros discuten el caso en que el agente fuere una sociedad de personas. Hernini resuelve la cuestión a favor de la aplicación de la regla de exclusión (5).

En materia laboral se admite como excepción de la prohibición antes expuesta (C.P.C.) artículo 409 en relación con los artículos 806 y 808 del mismo) la remisión al arbitraje si es permitida por los acuerdos colectivos de trabajo, y siempre que se cumplieran las siguientes condiciones: a) Que tal acuerdo de arbitraje no afecte al derecho de las partes a escoger la vía procesal ante los Tribunales del Estado. b) Que no faculte a los arbitros para resolver en equidad y c) Que no excluya el ejercicio de acciones de nulidad contra el laudo. Para poner punto a esta enumeración me referiré a cuatro materias mas. 1º Las cuestiones relativas a la actividad de las Sociedades, solo son arbitrables si se refieren a intereses particulares, como pueden ser las relativas a la liquidación de la participación de un socio; 2º Las relativas al quebrado, una vez que tal declaración precediese al comienzo de procedimiento arbitral, no pueden ser objeto de este. En tal supuesto la contraparte no puede pedir la ejecución del convenio arbitral (6).

De lo expuesto en el apartado I resulta claro que todas aquellas cuestiones que afecten los intereses sociales, como puede ser la impugnación y liquidación de la compañía son materias cuya arbitrabilidad es muy dudosa si no es absolutamente excluida (7)

3º Las cuestiones de concurrencia o competencia que tienen distintas disciplinas en cuanto se refieren de una parte a la concurrencia desleal y de otra al sistema de normas antitrust, a fin de favorecer el juego de la libre competencia y la libertad, del mercado. Por ello se excluyen del arbitraje las cuestiones relativas a la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma y 65 y 66 del tratado de la CEEA y sus correspondientes reglamentos de ejecución y las que se refieren a la jurisdicción exclusiva del Tribunal de Justicia de la CE, de la Comisión de la Comunidad Europea y de la autoridad judicial de los Estados Miembros.

4º Las cuestiones en que interviene el Ministerio Publico, las de ejecución forzosa,

los procedimientos cautelares, y de urgencia, y la jurisdicción voluntaria. A ello han de agregarse los asuntos penales, aunque respecto de las indemnizaciones resultantes, la jurisprudencia ha admitido puedan ser objeto de transacción o de arbitraje "irrituale". (Casación 26.1.1988 nº664) y las cuestiones relativas del pago del canon arrendaticio de viviendas.

C) La modificación o supresión de las lagunas del contrato.

Me referiré aquí a la cuestión de si es posible que el árbitro pueda modificar o completar las cláusulas de un contrato (lo que en técnica anglosajona es definida como "filling gaps". La contestación negativa se formula claramente.

Ello no quiere decir que tal función no exista. Lo que ocurre es que actúa fuera del campo del arbitraje (arbitrato). La persona que debidamente autorizada por las partes para ello no es árbitro, sino "arbitratore" y la vía jurídica por la que actúa es llamada "arbitraggio". Se trata de un mandatario de las partes que actúa para completar un extremo del contrato dejado en blanco "ex professo" por aquellas. Esta institución de conferir mandato a un tercero es muy conocida de las legislaciones europeas. El "arbitrator" puede decidir según su leal saber y entender (arbitrium merum) o según las reglas de la equidad (arbitrium boni viri). El criterio a seguir lo estipulan los contratantes; en caso de silencio cada ordenamiento jurídico tiene reglas de las que obtener una solución (8).

La ley italiana permite abrir un portillo reducido, en la adusta prohibición de que el árbitro pueda entrar a modificar el contrato. Aquí se puede aplicar el artículo 1467 del Código civil italiano que regula el problema de la excesiva onerosidad de la prestación en los contratos con largo plazo de vigencia. El Juez y el árbitro tienen el poder de adaptar el contrato a las circunstancias nuevas producidas en su entorno. Este precepto tiene carácter excepcional y no se ha entendido ni mucho menos como una regla general. Por esta razón, cuando las partes han convenido en general, que el árbitro tenga facultades para revisar y adaptar el contrato, la doctrina italiana considera que es dudoso que en tal caso se haya querido pactar un verdadero arbitraje "irrituale" o procesal y que la cláusula expresada excede de la sede que normalmente corresponden a este. En virtud de estas razones consideran que es mucho más exacto concluir que la adaptación de los contratos sale del campo de acción del "arbitrato rituale" o procesal, e incide directamente en el campo del llamado "arbitraggio" o mandato a un tercero para adaptar el contrato a las nuevas circunstancias. Esta adaptación resulta obligatoria para las partes a nivel contractual, pero no alcanza el nivel de una resolución del Tribunal arbitral. De este criterio se derivan muchas consecuencias prácticas y se supera la excesiva rigidez del derecho de los contratos que induce a tensiones en el campo del arbitraje. Si el arbitraje es de equidad los árbitros tienen mayores facultades. Aún en este caso se discute por la doctrina, si pueden intervenir los árbitros,

para modificar y adaptar los contratos. Una solución unánime no ha sido encontrada y las posiciones doctrinales continúan enfrentadas.

El problema es grave. A la vista de los acontecimientos bélicos mundiales que han destrozado numerosísimos contratos, de los que han desaparecido total o parcialmente sus supuestos de hecho originarios, se ha producido un clamor en muchos países. Si el Derecho, si el arbitraje no dan solución en Justicia y en equidad a estas cuestiones, la crisis del Derecho se agudizará al menos la crisis de la disciplina de los contratos mercantiles. Desde el cierre del Canal de Suez en tiempos ya lejanos a la reciente Guerra del Golfo la cuestión ha adquirido la entidad propia de un tema básico emergente que afecta a los contratos de una cierta duración.

D) Las partes del convenio arbitral.

Ya dije al principio de esta sección que el acto de concertar un convenio arbitral se considera que excede los límites de la administración ordinaria. Así lo establece el artículo 807 del CPC. Esta regla se refiere tanto al arbitraje "rituale" como al irrituale. Las personas que quieran concertar tal aconvenio deben tener la facultad correspondiente conforme a su ley nacional. Quienes carezcan de ella por ser menores o incapacitados de otras clases, deben tener completada su incapacidad, con la asistencia prevista en las normas relativas a la tutela y curatela.

Las sociedades de toda clase que tengan personalidad jurídica pueden concertar los convenios arbitrales, mediante acuerdos de sus órganos debidamente facultados, de acuerdo con el juego de poderes resultante de la estructura orgánica de cada Sociedad, y según las leyes aplicables.

Se reconoce que el arbitraje se puede concertar por medio de un tercero facultado para ello por el correspondiente poder otorgado por la parte interesada. En cuanto al Estado y otras entidades públicas la jurisprudencia ha ido continuamente reduciendo el carácter absoluto del principio de su inmunidad, anteriormente establecido.

Para ello se ha servido de la distinción entre los actos "iure imperii" y los realizados "iure gestionis" por el Estado y otras entidades públicas.

Las sociedades estatales, participadas por el Estado y otros organismos públicos y registradas como las demás compañías mercantiles, no tienen impedimento alguno para concertar arbitrajes, ni excusa para no atenerse a los resultados de los mismos, conforme a la ley. Una cuestión especial se ha planteado respecto de los llamados arbitrajes compulsorios, es decir obligatorios, por disciplina legal. La doctrina del Tribunal Constitucional Italia-

no ha sido relevante en este punto. Hoy día se reconoce que una parte no puede ser compelida por disposición de la Ley a concertar necesariamente un arbitraje, sin que se le garantice conservar la alternativa de que pueda acudir ante los Tribunales de Justicia. Las leyes no pueden crear otras jurisdicciones obligatorias en contra de los dispuestos en la constitución.

E) La autonomía de la cláusula arbitral.

Bajo esta rúbrica la doctrina italiana se refiere a la conocida cuestión de si la invalidez del contrato debe extenderse automáticamente o no a la cláusula arbitral. La respuesta es negativa, pero reducida a los supuestos en que los motivos por los que el contrato principal es considerado inválido, no sean invocables frente a la cláusula arbitral. En consecuencia en estos casos, los árbitros, según el derecho interno italiano, pueden conservar su competencia para resolver sobre la validez del contrato principal.

El Tribunal de Casación ha establecido que el ejercicio de una acción de mera declaración de la invalidez o alcance de la cláusula arbitral, sin el simultáneo ejercicio de otra relativa a un derecho material, no puede proponerse por "defecto de interés", ya que conduciría a una genérica afirmación de competencia, desprovista de eficacia preclusiva para el Juez que fuese llamado posteriormente o resolver sobre una demanda determinada". S. 28.3.1991. nº 3361. Giur, ital. 1992. I, 1,552. nota de Fadel).

Ello impide que una parte de mala fe pueda pretender acudir previamente al Juez para que resuelva sobre la validez del pacto compromisorio, con fines dilatorios y como obstrucción procesal. Se sigue así el "iter" discursivo de la doctrina y jurisprudencia de los países en los que la cultura del arbitraje ha arraigado. Ahora bien, los Tribunales estatales conservan su competencia cuando se impugna directamente la validez de la cláusula arbitral ante el Juez ordinario y no se ha constituido antes el Tribunal Arbitral. Será aplicable también a este caso la doctrina del derecho de interés antes expuesta.

F) Efectos de la cláusula arbitral.

Son la exclusión de la competencia del Tribunal ordinario y la competencia del Tribunal Arbitral. El Convenio arbitral es protegido por una excepción peculiar denominada "exceptio compromissi", que puede oponerse por parte interesada, contra otra que quisiere llevar el litigio ante los Tribunales estatales. Su naturaleza técnica de "excepción" tiene como consecuencia el tratamiento procesal correspondiente a estas. Se trata de un hecho obstructivo a la competencia del Juez, pero que este no puede recoger o estimar, si la parte interesada no lo invoca expresamente ante el Tribunal. Esta invocación está condicionada a un determinado momento procesal; ha de ser alegada "in limine litis". Transcurrido aquel

momento se entiende renunciada o caducada la excepción y no puede oponerse la parte a la competencia del Juez.

El convenio arbitral requiere, bajo pena de nulidad, que se indique el número y nombre de los árbitros que deben ser en número impar, o el sistema de su designación. Cuando no se expresa el método para su elección, no por ello es nulo el convenio, más se trata como un acuerdo o convenio preliminar respecto del cual las partes quedan obligadas a completarlo. Si esta facultad se atribuye en el pacto a una sola parte, tal convenio es nulo.

Existe en la legislación italiana un trámite especial. Se trata de la entrega por las partes al árbitro de un documento en el que se relacionan las cuestiones a resolver ("quesiti"). En el artículo 823 del CPC se hace referencia al mismo cuando se trata del contenido de la sentencia arbitral. Los "quesiti" se entregan con la petición de arbitraje y con su contestación. En su caso deben estar incluidos en el compromiso arbitral, ya que al otorgarse aquel se conoce la cuestión litigiosa. No ocurre lo mismo con la cláusula arbitral que se pacta antes de emerger la diferencia, cuando se concierta el contrato principal. En este caso pueden incluirse los "quesiti" en un posterior acuerdo firmado por las partes. También pueden formalizarse por separado y por cada parte, cuando cada una de conocimiento a la otra de haber designado el árbitro que le corresponde.

La jurisprudencia que ha elaborado estas precisiones ha declarado asimismo que si las partes están conformes con los "quesiti" en un posterior acuerdo firmado. También puede formalizarse por separado y por cada parte cuando cada parte de conocimiento a la otra de haber designado el árbitro que le corresponde.

La jurisprudencia que ha elaborado estas precisiones ha declarado asimismo que si las partes están conformes con los "quesiti", estos documentos, pueden incluso modificar o sustituir al convenio arbitral. Este es el supuesto en el que tales documentos se refieren a una cuestión litigiosa que es más amplia que la expresada en el compromiso, o en la cláusula arbitral y ninguna de las partes opone objeciones a tal nueva formulación. También puede ocurrir que una tercera parte ajena al convenio arbitral, pero directamente implicada en la controversia (caso del fiador o del subcontratista) pida ser parte en el arbitraje. Si las otras partes lo consintieren, un nuevo convenio arbitral adquiere vigencia incluyendo el nuevo interviniente.

Frente al convenio arbitral pueden formularse impugnaciones por invalidez del mismo. Pero estos motivos no afectan ni a los "quesiti", ni al nombramiento de los árbitros. Si ninguna impugnación se produce entonces, se entiende que por medio del nombramiento de árbitros y de la presentación de los "quesiti", se produce un nuevo y válido convenio

arbitral que confirma o sustituye al primer convenio concertado por las partes.

G) El arbitrato "irrituale".

a') A lo largo de esta Sección ha surgido varias veces esta clase de arbitraje. Entiendo que no sería completa la exposición si no hiciera breve referencia, al menos, a esta institución que tanta importancia alcanza en la vida económica y jurídica de Italia.

Su proximidad terminológica con el arbitraje procesal o "rituale" encubre grandes diferencias entre uno y otro.

Por arbitrato "irrituales", es decir no procesal, se reconoce un contrato que no está regulado por el Codice di Procedura Civile (C.P.C.) y cuya disciplina ha de buscarse en el Código civil al amparo del artículo 1322 que proclama la libertad contractual de los ciudadanos. Como consecuencia de su origen contractual, la decisión del árbitro no alcanza el valor de cosa juzgada, ni tiene tampoco fuerza ejecutiva, pero tiene el carácter de común voluntad de las partes. Si una de ellas, no cumple con el laudo, la parte interesada ha de acudir a los Tribunales por medio de la oportuna acción, lo mismo que ocurre con cualquier otro contrato. En algunos casos se aplica un procedimiento sumario (Decreto ingiuntivo). La sentencia que se dicta por el Magistrado se integra con la resolución del árbitro y adquiere fuerza ejecutiva, y carácter de "res iudicata" conforme a las disposiciones del Código procesal. Del examen de alguna cláusula instituyente del arbitraje "irrituale" de general uso que he tenido posibilidad de conocer, resulta necesario destacar el párrafo final que tipifica esta forma de arbitraje. Se dice en ella después de las estipulaciones normales que omito "El árbitro o árbitros deberá decidir conforme a Derecho (o según equidad) en vía "irrituale" y por consiguiente su decisión es reconocida por las partes como la expresión de su propia voluntad contractual".

La parte final del párrafo expresa un rasgo típico de la institución que analizamos. No se busca una resolución de un tercero (árbitro o juez) sino un acuerdo de las partes producido por la resolución del árbitro y a la que se da conformidad antes de haberlo conocido por atribuirle el carácter de expresión de su propia voluntad contractual. La decisión del árbitro aquí se incorpora al contrato básico automáticamente y por disposición de las partes que la hacen suya.

Las diferencias con el arbitraje "rituale" son notorias. El laudo aquí se impone por sí mismo y alcanza pleno valor. Es externo al contrato básico y no alcanza el rango de expresión de la voluntad de las partes por ellas proclamado. Otra cosa es que se acepte y se respete por ellas, a veces a regañadientes.

b') La definición de su naturaleza jurídica ha encendido una polémica todavía no resuelta. Se dice de una parte que es una variante del "animus transigendi"; de otras se sostiene que es un tipo del negocio jurídico de fijación (negozio di accertamento) por el que se define una situación jurídica incierta.

Una definición común entiende a este negocio como el contrato concertado para convertir una situación de incertidumbre jurídica en otra de certeza, mediante la resolución de un tercero que no constituye tribunal y cuya resolución no tiene por tanto, el carácter de sentencia y reviste el carácter de expresión de la común voluntad de las partes.

Sus notas características son: 1º. Es un contrato para resolver una controversia sin usar de los procedimientos judiciales ni del arbitraje procesal o "rituale". Es una tercera vía. 2º. Su diferencia con la transacción es patente. No existe ningún "animus transigendi" ni la prestación o prestaciones típicas de la transacción. Me refiero al "aliquid dandum vel retentum". 3º. La resolución tiene naturaleza de estipulación contractual aceptada previamente. El Tribunal de Casación italiano al enfrentarse con la necesidad de definir al "arbitrato irrituale" ha declarado que su diferencia con el arbitraje procesal o "rituale" debe establecerse atendiendo a la voluntad de las partes. En el "arbitrato rituale" tal voluntad tiene como fin el atribuir a los árbitros una función jurisdiccional, a fin de obtener de ellos una resolución susceptible de adquirir una eficacia similar a la de una sentencia judicial. En el arbitraje irrituale, las partes atribuyen al "arbitrator" la misión de dar origen a un negocio de fijación ("accertamento") que se refiere exclusivamente a la intención de las propias partes, y que alcanza el valor propio de un contrato celebrado por las mismas (S. de 1.10.1969: nº 3150). La verdad es que la jurisprudencia posterior no ha llegado hasta el límite alcanzado por mis investigaciones a establecer una doctrina unánime sobre esta materia. Así lo reconoce Bernini (Sentencias 14.6.79 y 8.1.80. Cas.).

c') La investigación de la real voluntad de las partes requiere el uso de diversos métodos según los casos. Fuera del supuesto en el que claramente se exprese la clase de arbitraje que se desea, la casuística recoge una serie de notas típicas que identifican la clase de arbitraje que se concierta.

Así por ejemplo, negar que los árbitros tengan facultades jurisdiccionales, o por el contrario concederselas, son expresiones que claramente identifican lo que se pacta. Lo mismo puede decirse de la afirmación de que el compromiso de aceptar el laudo se hace por considerarlo constituye una expresión de la propia voluntad de las partes. Es necesario hacer una advertencia respecto de la facultad de resolver "ex aequo et bono". Esta no puede ser considerada como índice demostrativo de que se ha querido pactar un "arbitrato irrituale", porque el "arbitrato rituale" puede también fundarse en equidad.

La naturaleza contractual del "arbitrato irrituale" plantea el problema de si es posible obtener el reconocimiento del laudo dictado en el mismo, en un país extranjero a efectos de su ejecución.

Una vez más las opiniones se han dividido. De una parte está la opinión negativa. El Tribunal de Hamburgo en su sentencia de 19.1.1979 (caso Schwarzmeer) niega tal posibilidad porque el Convenio de Nueva York sólo es aplicable a las decisiones vinculantes según el sentido del artículo V.1. del mismo. Por ello sólo pueden ser reconocidas y declaradas ejecutivas las resoluciones que lo sean directamente en el Estado de origen. Ello no ocurre con el "arbitrato irrituale" que no reúne tal condición en Italia. Sólo son ejecutivas las sentencias arbitrales dictadas en procedimientos de arbitrato rituale.

Van den Berg tiene la misma opinión (10).

La opinión positiva fué sostenida por el Tribunal de Casación italiano en el caso Butera conta Pagnani (Sezione I 18.9.1968 n. 4167) (11).

Mi opinión personal es que se trata de un asunto no planteable a tenor de los Convenios Internacionales. Perseguir lo contrario es buscar una modificación esencial del arbitraje internacional que solo podría alcanzarse formalmente por la vía de otros Convenios internacionales. En cuanto al fondo, estimo difícil incorporar el arbitraje "irrituale" al régimen del arbitraje comercial internacional.

d') La Ley 28 de 9.2.1983 ha modificado el "arbitrato rituale". Establece un régimen distinto al precedente, sobre su carácter ejecutivo. Antes el CPC ordenaba que la sentencia arbitral se depositase dentro del plazo de cinco días en el registro de la Pretura correspondiente en unión del convenio arbitral y si ello no se cumpliera, sería considerada nula y por ello inexistente.

La ejecución de los laudos italianos en el extranjero ha sido obstaculizada gravemente por esta regla durante muchos años. Era necesario saber si el laudo había sido presentado a registro en la Pretura competente en tan breve plazo; ello no era fácil en ocasiones. Se desconocía si el laudo era válido.

La Ley 28 de 9.2.1983 ha ampliado el plazo de registro a un año. El depósito es facultativo. Las partes pueden querer que el laudo sólo tenga fuerza contractual entre ellas. A su discrección queda el asegurar su ejecución en Italia mediante el depósito. Esta es la opinión mayoritaria sostenida por Montesano, Punzi, Bernini (12). Otros (Ricci, Selvaggi) consideran que desde el primer momento la sentencia adquiere el valor de la "res giudicata" con la salvedad de que no se puede despachar la ejecución si no se ha depositado en plazo hábil.

La polémica doctrinal no ha alcanzado el nivel de una jurisprudencia consolidada. Al margen de ello resulta que la comentada reforma ha reducido las diferencias hasta ahora existentes, entre el "arbitrato rituale" y el "irrituale", y esto puede justificar un cambio en las preferencias por las razones siguientes: a) la sentencia o laudo dictado en el "arbitrato rituale" no requiere que necesariamente se deposite ante la Pretura, y por ello se haga pública en breve plazo, a fin de adquirir fuerza ejecutiva; b) las partes, durante un año, pueden elegir entre reservar privadamente la sentencia con valor contractual, o hacerla pública y ejecutiva mediante el registro.

Ante esta situación de concurrencia nos podemos preguntar si subsistirá el arbitraje "irrituale" en Italia. Es difícil formar una opinión neta. La doctrina discute este punto. Como resumen puedo decir que se entiende subsistirá el "arbitrato irrituale" mientras amplias zonas de la población italiana rechacen un sistema de proceso civil y público, para la resolución de sus controversias, y mientras tenga profundo arraigo el secreto de un contrato, que se cumplirá de buena fé y que en caso de diferencias, estas podrán resolverse también en secreto por un árbitro "sine strepitu et figura iudicio", por un laudo que tiene valor contractual. Ello no excluye —en caso de incumplimiento— que se acuda a los Tribunales ordinarios para demandar por incumplimiento del laudo, contractualmente aceptado. Esto sin embargo es sólo una posibilidad remota allí, donde el valor de lo convenido se impone a las conciencias por el mero hecho de existir y sin necesidad de coerción.

Notas

- (1) No se exige contextualidad o unidad de acto. El convenio arbitral puede convenirse por medio de documentos sucesivos que se integran recíprocamente. De esta manera se cumple lo ordenado bajo pena de nulidad por el artículo 808 del CPC (S. Casación 23.10.1959 (3039). No olvidemos que aquí estamos tratando de arbitraje interno.
- (2) Mirabelli recuerda la doctrina jurisprudencial italiana declarando no aplicable el artículo 1341 del Cc cuando las partes han intervenido a igual nivel en las negociaciones de un modelo de contrato. Application of the New York Convention by the Italian Courts. Year Book of arbitration. Kluwer. Vol IV (1979) pág 363.
- (3) En estos contratos de adhesión, como es notorio, el período dentro del cual las partes "negocian" realmente el contrato, resulta "comprimido" o sencillamente suprimido. El desnivel en cuanto "a fuerza contractual" ("potencia" la llaman los juristas italianos) es tan grande que viste de pacto lo que en realidad es un acto de sometimiento. Ver Genovese. Contratto per adesione. Enciclopedia del Diritto. Milano. Dossetti. Contratto per adesione Noviss Digesto. Italiano. Turin.

- (4) En este artículo del Convenio de Nueva York se exige una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmado por las partes o contenido en un intercambio de cartas o telegramas.

En el Convenio de Ginebra de 1961, el artículo 1.2.a) la exigencia formal se formula como sigue: "... una cláusula compromisoria contenida en un contrato, o bien un contrato o compromiso separado, firmado por las partes o contenido en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor, y en las relaciones entre Estados, cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes.

- (5) Bernini en el Handbook of Commercial Arbitration. Voz Italy Tomo I Kluwer, pag 16.
- (6) Así resolvió el Tribunal de Casación en 4.8.1958 (nº 2866) publicada en Foro Padano 1958.I.969; y el Tribunal de Genova 24.XI.1959. Foro Padano 1960 484). En el caso opuesto, es decir si la declaración de quiebra se produce cuando se está tramitando el procedimiento arbitral, los árbitros no pierden su jurisdicción y el Sindico de la quiebra debe intervenir en este procedimiento arbitral como sucesor de los intereses de la parte quebrada (Casación S.12.I.1956 Nº 30 en Il diritto fallimentare 1957 II pag 294).

La doctrina italiana reconoce en el Sindico facultad para ejecutar, "inter alia", un convenio arbitral, pero debe ser debidamente autorizado por el Juez de la quiebra, previo acuerdo adoptado por los acreedores. En ningún caso puede el Sindico someter a arbitraje cuestiones originadas antes de la declaración de quiebra, pues sus facultades se refieren sólo a las controversias originadas a lo largo de la tramitación de dicho procedimiento.

Bernini a quien sigo en esta exposición afirma respecto a esta materia que a nivel internacional son necesarias algunas precisiones "que deben ser adoptadas a la luz de los efectos territoriales de los procedimientos de quiebra".

En ausencia de Convenios internacionales sobre la materia, la declaración de quiebra producida en un determinado país, no debe afectar a un arbitraje bien en tramitación o que pueda ser tramitado en un país diferentes.

- (7) Es notorio que la diversa disciplina seguida respecto de los intereses individuales y los intereses colectivos de la Sociedad, radica en la ausencia de disponibilidad de los segundos por el socio aislado. Existe una numerosa jurisprudencia sobre ello (Apelación Cagliari 10.2.1946 Giust Civile 1946 I 757; Casación 24.5.1965 nº 999

en Foro italiano 1965 I 1925. En todas ellas, en lo referente a los intereses generales de la Compañía se excede del campo de una mera controversia privada. Un ejemplo clásico de esta clase está en la revocación de los administradores. Como frecuentemente ocurre hay zonas grises. Una de ellas está constituida por la acción de responsabilidad. La doctrina y la jurisprudencia no están consolidadas. Otros ejemplos podían aducirse ¿qué pensar de la exclusión de un socio en una sociedad compuesta por dos personas? ¿Es interés privado del socio excluido o es interés general de la sociedad?. El Tribunal de Casación en 20.4.1985 nº 2611, pensó de una manera; en 3.8.1988 N. 4814 pensó de otra. Ver Bernini. L'arbitrato. CLUEB. 1993. Bolonia.

- (8) La noción del "arbitraggio" se elabora por la doctrina italiana sobre los moldes clásicos de los que resulta su naturaleza de pacto por el que se atribuye a un tercero ("arbitratore") la facultad de completar algunos elementos de un contrato y que las partes no pudieron o no quisieron precisar en el momento de su perfección. El ejemplo clásico es el del señalamiento del precio en la compraventa. También entra en esta noción la valoración de una participación social en una Compañía. La regulación del "arbitraggio" está en el artículo 1349 del Código civil italiano.

Bajo la rúbrica de "Determinación del objeto" este texto legal se refiere al supuesto de que las partes encomienden a un tercero "la determinación de la prestación establecida en el contrato", y establece dos modalidades de tal encomienda. La primera existe cuando las partes se someten expresamente al libre arbitrio (leal saber y entender) del tercero; se trata del caso denominado "arbitrium merum" según las fuentes; la segunda tiene lugar cuando no se ha pactado la primera solución y por ello encargan al tercero a que resuelva con "equo apprezzamento" esto es con una solución equitativa, y actuando como "bonus vir" Bernini en su obra citada en la nota (7) nos dice que estas dos vías operativas tienen un ámbito distinto. Cuando se trata del mero arbitrio no existen límites al criterio discrecional del tercero. Pero tal regla no es absoluta.

La resolución del tercero en caso de mero arbitrio puede ser impugnada por mala fé o por fraude. Aquí están expresas las limitaciones a las que me refería antes. Existen unas coordenadas amplias, pero enmarcan la gestión del tercero, lo contrario sería dar patente de corso para navegar sin responsabilidad por océanos de arbitrariedad y en suma de injusticia.

Por el contrario cuando se trata del "arbitrium boni viri" la resolución del tercero debe moverse dentro de los límites de la equidad, la justicia y lo razonable según dice el maestro citado (obra citada en nota anterior página 92).

La impugnación en el caso de "arbitrium boni viri" puede fundarse en los motivos de ser manifiestamente inequitativa o errónea, lo que originará su nulidad y que se vuelva a abrir el fondo de la cuestión. Bernini (Esta vez la cita corresponde al Handbook of Commercial Arbitration. Voz Italy. pág. 5 KLUWER).

Como nos movemos dentro de un ámbito en el que se concierte un contrato de mandato, la resolución del arbitrator tiene la misma naturaleza. La consecuencia es que jamás adquiere el valor de una sentencia y no puede pedirse su ejecución como tal.

No sería razonable dejar aquí sin consideración alguna otra institución que en cierta medida limita con la sede del arbitraje. Me refiero a la llamada "perizia contrattuale" equivalente a la "technical expertise" o "valuation" o pericia vinculante en otros ordenamientos.

La jurisprudencia italiana la considera como una institución peculiar; es distinta del arbitraje (arbitrato) contractual o "irrituale", aunque en ocasiones la frontera parece no existir pues en diversas resoluciones se utiliza el confuso nombre del "pericia arbitral", o los de "perizia stragiudiciale" o "arbitraggio tecnico" o "arbitrato tecnico" (Así se producen varias resoluciones de la Casación italiana de 6.6.1975, nº 2273; 14.6.1979, Nº 3348; 17.XII.1982, nº 6162).

Eludiendo este conflicto nominal posiblemente debido a la multiplicidad de supuestos que la realidad ofreció a tan alto Tribunal, suscribo la opinión de quienes atribuyen a la "perizia contrattuale" el carácter específico de una variedad del género denominado "arbitraggio" que consiste en una determinación o constatación de características o del valor de unos bienes por una persona que es designada por las partes, en razón a su capacidad técnica reconocida. Caben aquí las pericias encaminadas a precisar la calidad de los bienes con vistas a precisar su conformidad con las estipulaciones del contrato.

En estos casos en los que el núcleo de la actividad del perito consiste en una valoración, resulta difícil distinguir la pericia contractual del arbitraje irritual. En realidad como al decir de los expertos en Italia, el llamado arbitraje de calidad se hace por la vía del "arbitrato irrituale" o contractual, no tiene mucho interés la precisión del concepto de la pericia técnica como una tercera categoría. Alguna identificación o aproximación puede hacerse con otras instituciones extranjeras (Binded advies) en el derecho holandés; Schiedgutachten en el alemán y la "valuation" del derecho inglés. Las tres tienen por fin resolver cuestiones de hecho y no de derecho. Contra las resoluciones que se dicten pueden pedirse el control judicial.

- (9) No basta atender a si no existe el "animus transigendi" para precisar si estamos ante un negocio de fijación.

La ausencia del requisito del "aliquid datum atque retentum" cierra el camino a toda calificación como transacción. La determinación del encargo al tercero, hecho por las partes, ilustrará en cada caso la clase de negocio jurídico ante el que nos encontramos. Por otro lado la ausencia de una jurisdicción arbitral y de una sentencia resolutoria de la controversia excluye toda otra posición que la que entiende se trata de un pacto por el que se encomienda a otro que en nombre de las partes encomendantes aclare, reforme y ajuste una relación contractual entre ellos existente, unificando así las voluntades de las mismas. Estamos ante un peculiar contrato concertado a través de un tercero, único mandatario de ambas partes.

(10) Van den Berg. Year Book of Commercial Arbitration. 1987. Pág. 46.

(11) Year Book of Commercial Arbitration 1976. Pág 296.

(12) Handbook of Commercial Arbitration Vol. Italy. Tomo I. Kluwer. Pág.3.

CAPITULO SEGUNDO

EL ARBITRAJE DE EQUIDAD

SUMARIO

Sección I. Nociones Generales.

I. Una aproximación inicial al concepto.

A) Su contraposición teórica, por razón de las fuentes empleadas, al arbitraje de derecho.

B) Utilización del mismo en el comercio internacional.

C) La evolución posterior; el desajuste de las leyes con las necesidades e intereses de los nuevos tiempos. Los progresos de la interpretación jurídica. El desarrollo del comercio internacional como vehículo de relaciones jurídicas que escapan a las posibilidades del derecho interno.

D) La función de los canonistas y los glosadores. La "epicheia" o "aequitas" y la "benignitas". La influencia del Derecho Natural. El desarrollo del arbitraje.

II. El caso concreto del comercio internacional

A) El especial punto de vista de los comerciantes respecto de sus diferencias; la necesidad de conservar, a pesar de aquellas, sus relaciones. La fórmula de Minolti. La necesidad de coexistir y de cooperar.

B) El núcleo de la función del árbitro de equidad. La crítica al derecho positivo; su inadaptación. El rechazo de los comerciantes al derecho de juristas y su predilección por el derecho de los comerciantes. Repetición de este antiguo fenómeno en los tiempos modernos. La función del arbitraje de equidad.

Sección II. La investigación acerca del concepto de equidad.

I. Por la senda de los clásicos

A) Unas definiciones de la equidad. Un autor contemporáneo. Contardo Ferrini; otro más lejano, pero solo en el tiempo Cicerón. El núcleo esencial de la equidad. Su identificación con la perfecta justicia. San Agustín.

B) Remontando el curso de la Historia Aristóteles, su Ética a Nicómaco. La oposición entre "iniustus" y "aequus". El "iniustus" es como el "adikos", no pertenece a la Justicia. La experiencia del derecho no justo. La advertencia de Gayo en el Digesto. La finalidad de la "aequitas"; corregir la "imparitas" y la "disimilitudo". La igualdad en la aplicación de la norma. Dos interpretaciones de esta regla. La de carácter general y la relativa a la economía contractual. Su connotación como elemento de la Justicia. Equidad como igualdad. La balanza romana. Otro sentido de equidad; la aplicación moderna de la ley. La "benignitas".

C) El componente ético de la "aequitas" es la "benignitas". Esta como una forma de la "elegantia iuris". El reflejo de estas concepciones en el Digesto. El consejo de Ulpiano.

D) Las nociones de "isotes" y de "epieikés" en Aristóteles. La evolución posterior, los textos romanos. El Derecho canónico. El Decreto de Graciano. Los comentaristas; los glossadores. El concepto de la equidad como principio superior de justicia y fundamento de toda interpretación y todo juicio. La orientación de los canonistas hacia la noción de "epicheia". La evolución posterior. La negación de la equidad como valor jurídico. El criterio contrario superador del anterior.

II. Recapitulación. El arraigo de la equidad en la conciencia jurídica de un pueblo

Imposibilidad de definir de modo más preciso la noción de equidad. Su elástica indeterminación en cuanto a los medios que emplea. La opinión de Biondi. El concepto indeterminado de la equidad. No puede catalogarse. La opinión de Windscheid. El contenido de la equidad se recibe por esta del sentimiento y conciencia jurídicos de un pueblo. Su configuración como el ideal de Justicia a realizar.

Sección III. El origen y desarrollo común del arbitraje de derecho y el de equidad. La noción de amigable composición.

I. El Derecho Romano y el Derecho Canónico.

A) Las dos formas de arbitraje en Roma. El arbitraje "ex-compromiso" y el "arbitrii-boni viri".

B) La influencia renovadora del Derecho canónico . Todos los contratos producen acción y excepción; todos están sometidos a las reglas de la "bona fides" y se rigen por el Derecho. La autorización para utilizar el "arbitrium boni viri" para resolver controversias. La influencia de las ideas cristianas de conciliación y caridad. La controversia era abarcada por el "arbitrator", no desde el punto de vista del derecho estricto, sino desde el de la equidad. El éxito de la institución, carácter general de su competencia para resolver controversias. El cambio de nombre del "arbitrator". Por razón de su técnica se le denominó "amicabilis compositor". En principio elaboraba una especie de transacción, luego ya directamente se le reconoció poder para decidir por su propia autoridad. Su sentencia fue ejecutiva. Su asimilación a la del "arbiter ex compromisso", carácter jurisdiccional de esta última. Confusión en la práctica entre ambas instituciones. Cláusulas de concesión de facultades como "arbiter seu amicus compositor". Los Estatutos Fueros y Cartas de Población de villas y ciudades, asimilaron ambas clases de resoluciones que fueron ejecutivas. Anulación de las sentencias en caso de ser "iniquas"; el ser "iniustas" o contrarias a derecho no era por sí motivo de anulación.

C) La amigable composición como arbitraje de equidad, el criterio legalista, las codificaciones del siglo XIX. Las ideas positivistas con su identificación de Ley y Derecho. El "encierro" de la equidad dentro de los sistemas de derecho positivo. Las ideas actuales. Diversas interpretaciones de la amigable composición. No se pueden hacer generalizaciones; cada ordenamiento tiene su técnica y terminología, a veces en notoria contradicción con la de otros.

Sección IV. Concepto y contenido actual del arbitraje de equidad .

I. La diversidad de los sistemas; el sistema francés

A) Los diversos significados atribuidos a la amigable composición , identidad o contrariedad con el concepto del arbitraje de equidad.

B) El régimen especial de la amigable composición en el derecho francés, la situación del amigable compositor ante la ley.

C) Su posición ante el contrato concertado por las partes, el vicio de desnaturalización del contrato.

II. El sistema suizo; sus esenciales diferencias con el sistema francés.

Las limitaciones que implica el sistema de amigable composición francés no son aplicables al arbitraje de equidad suizo. La libertad del árbitro de equidad según la ley suiza. Los límites quedan reducidos a atenerse al contrato concertado por las partes y respe-

tar el orden público internacional del país o países implicados en el arbitraje. El poder de evicción del derecho estatal que corresponde a la cláusula de arbitraje de equidad. La "lex mercatoria" y el derecho transnacional por ser sistemas jurídicos aunque no constituidos por leyes positivas, si se declaran aplicables excluyen al arbitraje de equidad. En éste el arbitro esta libre toda dependencia de cualquier sistema juridico positivo o no. El orden público transnacional como otra limitación.

III. Si es invocable la norma de derecho en un arbitraje de equidad

A) Sobre si la cláusula de equidad atribuye a los arbitros una facultad o una obligación estricta de usar de la equidad exclusivamente. Posición francesa; sentencia del Tribunal de apelación de Paris de 25.7.1985. Posición favorable a que se aplique tambien el derecho, conjuntamente con la equidad. Vigorosa impugnación de este criterio por Lalive.

B) La rigurosa posición de la Casacion italiana. Sentencia de 11 de abril de 1.983. Si los árbitros no cumplen con lo que se les ha encomendado comete una violación de los límites fijados por el convenio arbitral a la "potestas iudicandi" de los árbitros. Ello es impugnabile directamente. El criterio del derecho inglés. La reforma del sistema británico por la Arbitration Act. de 1.979 .

C) La sistematización de los motivos de impugnación por esta causa, en los diversos ordenamientos. Unas veces se instrumentan a traves del vicio de "exceso de poder" de los arbitros, otras por la via del "error in procedendo" y otras por medio del motivo de contradicción del orden público. Opinión de Flavia Latanzi. La posición del derrecho suizo.

D) Caso de silencio de las partes sobre la clase de arbitraje que quieren instituir. La Ley suple el silencio con presunciones. En otro caso el problema se resuelve por la aplicación de las reglas de interpretación de los contratos. Asi se precisa el deber impuesto a los arbitros.

E) La cuestión subyacente es la de determinar si ciertos criterios equitativos forman parte del Derecho y pueden ser aplicados por los arbitros de derecho. La contestación no tiene otra posibilidad que la de ser positiva. En toda controversia y especialmente en el arbitraje comercial internacional se necesita que la aplicación del derecho produzca un resultado equitativo. Algunos ordenamientos incluyen a la equidad expresamente como metodo que contribuye a la aplicación del derecho positivo. Los principios equitativos y los contratos internacionales. La estabilidad contractual ante los riesgos de cambio de circunstancias, reposa mas en el principio "rebus sic stantibus" que sobre el de "pacta sunt servanda". El caso de las cláusulas de arbitraje que hacen referencia a los principios generales del derecho o a los principios de la "lex mercatoria". La cuestion de determinar si son arbitra-

jes de derecho o de equidad.

F) Los laudos de derecho en los casos AMCO y KLOCNER emitidos por los comités "ad hoc" del Centro internacional de resolución de controversias, previsto en el Convenio de Washington de 1.965. En el primero se declaró que las consideraciones equitativas podían formar parte integrante del derecho o ser desarrolladas por el Tribunal solamente "arbitrarily" en el contexto de una decisión conforme a derecho. En el caso Klocner el tribunal hizo una mera referencia a la equidad en un arbitraje "secundum ius", pero al decidir, se salió de la estructura del arbitraje de derecho y no aplicó sus preceptos. La opinión de Flavia Latanzi, la jurisprudencia francesa que ratifica estos criterios. La sentencia del caso NORSOLOR de 4.3. 1.981 , la invocación de la cláusula que se remite a la cláusula de los principios generales del derecho de obligaciones aplicadas en el comercio internacional supone identificar un orden jurídico determinado. No es una cláusula de equidad la que así se redacta. La Casación italiana, sentencia 10.3.1.982 que faculta a los árbitros de derecho a hacer uso de la equidad.

IV. La "lex mercatoria"

A) El asunto NORSOLOR tenía otra vertiente, los principios generales de las obligaciones aplicados en el comercio internacional son prácticamente la ley mercatoria constituida por usos. Su designación, por ser un sistema jurídico de principios excluye que el arbitraje sea de equidad como antes indicamos, este criterio o se confirma por la jurisprudencia francesa, suiza, italiana, austriaca y alemana.

B) Esta cuestión debe separarse de aquella otra en la que el derecho invoca expresamente a la equidad para resolver una cuestión. Son los casos de indemnización por expropiación, nacionalización y otros análogos, la ley en estos casos invoca a la equidad como criterio rector de laudo. No es la "aequitas minor" que convive con el derecho positivo y que es regla para su interpretación y aplicación, sino la "equitas maior" que rige absolutamente la investigación del árbitro para encontrar una resolución justa. funda por sí y con carácter autónomo el laudo; en tal caso se trata de un arbitraje de equidad el así instituido.

V. Acerca de si es invocable en el arbitraje de equidad alguna norma de Derecho.

A) Se trata ahora del caso contrario al anterior examinado. ¿ El arbitraje de equidad excluye necesariamente la aplicación de cualquier norma o regla jurídica ?. La jurisprudencia francesa, (Sentencia del Tribunal de Apelación de París de 15.3.1.984), proclama que el árbitro puede referirse a tales reglas jurídicas si las considera adecuadas, para dar a la controversia la solución más justa. Se puede aplicar el derecho positivo cuando se emplea como regla equitativa, que permite alcanzar una solución más justa , y no por

razon de su vigencia como precepto jurídico. La Casación italiana en su sentencia de 25.5.1.981 confirmó esta doctrina y agrega que los arbitros de equidad no tienen el poder de decidir "a priori" sobre la base del derecho estricto, inhibiéndose de comprobar la coincidencia entre derecho y equidad.

B) Mi personal opinion. Las valoraciones que desde el punto de vista de la equidad se hagan de las normas positivas por los arbitros estan hechas usando de sus facultades como tales arbitros de equidad y no de derecho.

VI. El control de la sentencia arbitral. El sistema francés y el suizo

A) Especial matiz de esta antigua cuestion al tratarse del arbitraje de equidad. El poder moderador de los arbitros de esta clase respecto del derecho escrito y de las cláusulas del contrato concertado por las partes. La Sentencia del Tribunal de Apelación de Paris de 15.3.1.984. El núcleo o esencia de las facultades de los árbitros dentro de su esfera no puede ser controlado. El control solo puede referirse a si de verdad se han ejercido las facultades del arbitro de equidad y no se trata de un simulacro encubridor de arbitrariedad o injusticia. La sentencia del Tribunal de Apelación de Paris de 5.2.1.976. Debe examinarse si existe relación lógica entre los fundamentos del laudo y el pronuciamiento o parte dispositiva.

B) La posición del árbitro de equidad frente al contrato concertado por las partes. La fuerza obligatoria del contrato. El artículo 1134 del Código Civil francés. El vicio de "denaturation" del contrato u omisión, alteraciones o desconocimiento o menosprecio del mismo. La voz del rigor concentrada en la sentencia de la Casación civil francesa de 16.6.1976. Su contradicción por otra sentencia del propio Tribunal de 11.12.1979. La remisión a otro lugar de esta investigación donde se trata mas por extenso la cuestion. Sentencia del Tribunal de París de 6 de mayo de 1.988. Se reconoce al arbitro de equidad su poder de moderacion, para ajustar o moderar los derechos nacidos del contrato.

C) Los recursos contra el laudo de los amigables componedores. No hay recurso de apelación si las partes no se lo han reservado expresamente al convenir el arbitraje. El artículo 1482 del N.C.P.C., cuando ha habido tal reserva el recurso de apelación sirve tanto para la reforma del laudo, como para su anulación. El Juez de la apelación resolverá como amigable componedor si el árbitro tuviera atribuida esta mision. Es regla esencialísima para no desnaturalizar el arbitraje de equidad. Cuando no es utilizable la apelación cabe interponer un recurso de nulidad por los motivos establecidos y aun cuando existiere pacto de renuncia a toda clase de recursos. Motivos del recurso de nulidad en cuanto al fondo. La decisión del arbitro no se ha atenido a los límites de la misión que se le ha conferido (exceso o defecto de jurisdicción) o ha violado una regla de orden público. Hay otros

motivos de nulidad por razones procesales. El Tribunal resolverá en tales casos dentro de los límites de la misión salvo que las partes de común acuerdo interesaren lo contrario, es decir que se conforman con la anulación total o parcial del laudo pero no desean que el Tribunal resuelva sobre el fondo en virtud de convenio arbitral. En virtud de convenio arbitral no caducado ni nulo puede empezar otra vez el procedimiento de arbitraje.

D) Dos cuestiones complementarias. La posición del amigable componedor respecto de los usos comerciales. La obligación de motivar la sentencia arbitral. El artículo 1471 del NCPC y el régimen especial del arbitraje internacional según el derecho francés. El incumplimiento de tal obligación. La Sentencia de la Casación francesa de 18.3.1980. Las Sentencias del Tribunal de París de 22.1 y 13.5 de 1988. La Sentencia de la Casación francesa de 24.4.1980. La doctrina mantenida; sus derivaciones. La Sentencia del Tribunal de París de 6.5.1980. La generalización del deber de motivar las Sentencias. El Convenio de Ginebra. La ley modelo la UNCITRAL. Los reglamentos de las instituciones arbitrales. Carácter abierto del debate.

E) Un contraste del derecho francés con el suizo sobre estas últimas cuestiones. El artículo 187 de la Ley Federal suiza. Una concepción de la equidad "radicalmente diferente" a la francesa. Se trata de la por mí denominada "aequitas maior". La independencia del árbitro de equidad suizo respecto del derecho positivo, incluso de las disposiciones imperativas. La obligación de respetar el contrato. Las limitaciones que le afectan son las constituidas por el orden público internacional del país ó países afectados por el arbitraje y por las disposiciones del contrato. También le afectan los límites del orden público transnacional. Esta libertad es incompatible con la referencia a cualquier orden normativo. Por ello la referencia a la "lex mercatoria" o a los principios generales del derecho transnacional en la cláusula arbitral no es equivalente al arbitraje de equidad. La obligación de motivar la sentencia, su dispensa. Recursos contra la sentencia de equidad. El artículo 190 de la Ley Federal. Supuestos admisibles. El reducido control sobre el fondo cuando es contrario el laudo al orden público internacional. La posibilidad de que el Tribunal -en el caso de impugnación parcial del laudo - sustituya su propia fundamentación a la del árbitro. La conservación de la parte dispositiva de aquel en tales casos. La tramitación del recurso de nulidad. La sentencia resolutoria de este tiene mero carácter de casación o anulación, pero no resuelve sobre el fondo. El Tribunal de Justicia una vez dictada su sentencia anulatoria devuelve los autos al Tribunal arbitral para que dicte nueva sentencia conforme a lo resuelto. Excepciones a este criterio. Una referencia al privilegio de las partes para solicitar que el recurso de nulidad sea resuelto por el Tribunal de Justicia de la sede de Tribunal arbitral.

F) Una cuestión final. Acerca del "error in iudicando" o exceso de poder del árbitro como motivo de impugnación autónoma de la sentencia. El criterio negativo se impone sólo los motivos del artículo 190 de la Ley Federal son utilizables. Entre ellos el apropiado es el

relativo al orden público. Posición identificada de la Casación italiana. El fondo del arbitraje de equidad escapa al control de Tribunal salvo en los casos contrarios al orden público internacional de los países afectados por el arbitraje y también en los casos contrarios al orden público transnacional. La doctrina de la Casación francesa excluyente como motivo de impugnación del error de apreciación de los árbitros, incluso si se considerase manifiesto y afectase al fondo el asunto. Mi opinión sobre el tema.

Sección V. Los métodos a emplear en el arbitraje de equidad sus límites. El respeto al contrato básico. Evolución de la doctrina y de la jurisprudencia.

I. Doctrina General. Los tres métodos

A) La equidad como método de comprensión de la controversia por diversas vías. Estas suponen una gama de referencias. Pueden serlo, los usos mercantiles, el equilibrio contractual y el obtener un nivel elevado de Justicia.

B) Amplitud de las prácticas que a efectos del arbitraje cubre el nombre de usos mercantiles. No sólo se consideran las verdaderas costumbres o los usos profesionales que están a igual nivel, sino además a los que están en formación o tienen un alcance más restringido. No son incompatibles con el arbitraje de equidad. Tampoco lo es la "lex mercatoria" si ambos se emplean por razón de la equidad de sus reglas.

II. Examen especial del segundo método. La cláusula de hardship.

A) La búsqueda del equilibrio contractual. El análisis del texto explícito y del "texto implícito". La definición de las obligaciones de las partes ante la emergencia de nuevos hechos no previstos.

B) La crítica de este segundo método. La afirmación de ser algo que está fuera del campo del arbitraje de equidad. La referencia a la cláusula "hardship", es decir la que regula el supuesto de producción de un "rigor injusto", no previsto. aplicación de este sistema a una clase especial de contrato. La utilidad para tales supuestos de una cláusula de amigable composición que faculte a los árbitros para restablecer los equilibrios fundamentales del contrato, a cuya vista se quiso contratar. Un ejemplo ello.

C) Recapitulación. No es una cláusula habitual en la amigable composición. En esta los árbitros están obligados a respetar, dentro de ciertos límites, los términos del contrato. No están autorizados a renegociar el contrato si no existe una especial autorización. No

obstante lo anterior cuando no existe cláusula de "hardship", la evolución doctrinal y jurisprudencial ha matizado la posición del amigable componedor frente al contrato reconociéndole un poder de moderación como luego veremos.

III. El tercer método. El contenido de las facultades del árbitro de equidad.

A) La necesidad "institucional" del poder moderador del árbitro. La aplicación automática de las cláusulas del contrato reitera la controversia e impide el ejercicio del arbitraje de equidad.

B) La evolución de la jurisprudencia. Los primeros tanteos prudentemente matizados como casos especiales. El reconocimiento del poder moderador de los árbitros que se considera inherente a su misión. La reacción rigorista. El caso Films Montsouris c. Consortium Pathé. La invocación del artículo 1134 del Cc francés sobre el valor obligatorio de los contratos. La sentencia de la Casación francesa de 16.6.1676 en el caso Dame Krebs. Las limitaciones establecidas en torno a los árbitros de equidad. La negación del poder moderador de los árbitros, sobre el contrato; la prohibición de reformar o modificar el contrato a no ser en el caso de concesión expresa de las partes, lo que no podrá presumirse jamás.

C) Los últimos momentos del rigorismo. La brillante toma de posición del Tribunal de Apelación de París. Las sólidas razones empleadas en su sentencia de 12.7.1974 en el caso Dame Krebs, que fué revocada por la sentencia de casación antes citada, abrieron el camino a una profunda renovación jurídica. La crítica a la interpretación dada al artículo 1134 del Cc francés, la falta de atención al hecho de que las partes habían considerado arbitrable desde el principio una cláusula litigiosa así como el valor intrínseco y propio de la cláusula de equidad fueron los vectores del cambio. La Sentencia de la Casación civil de 17.11.1976. La muy especial concreción de la doctrina. La referencia a nociones procesales. Se declara inadmisile la apelación contra el laudo arbitral cuando se trata de la llamada "denaturation" de documentos, es decir cuando se modifica el sentido o aplicación de sus cláusulas. Se proclama con carácter general que los únicos motivos de impugnación son los referentes al orden público o a los derechos de la defensa. Comentario a esta doctrina. Algunas precisiones posteriores de la Jurisprudencia.

E) El último estadio de la evolución. La sentencia arbitral de 20.10.1989. La doctrina de la moderación de los derechos nacidos del contrato. Su extraordinaria influencia. Su acogida por la jurisprudencia francesa. Se reconoce así abiertamente el poder moderador de los árbitros sobre los derechos nacidos del contrato.

IV. El árbitro ante las lagunas del contrato.

A) Las limitaciones de los árbitros en esta materia. No pueden sustituir a las partes y establecer nuevas cláusulas. Tampoco pueden entender de aquellas revisiones que las cláusulas del contrato hubieren previsto (riesgos monetarios y otras). Pueden conocer de la existencia o inexistencia de tales supuestos, pero no pueden negociar un nuevo contrato. El árbitro no puede fijar un precio, ya que no es un mandatario autorizado para ello, como en el caso del artículo 1592 del Cc francés. La clara opinión de De Boisseson.

B) La cooperación del Tribunal arbitral a que las partes cumplan su obligación de renegociar el contrato. En caso de fracaso de las propuestas el Tribunal, si estimase que las propuestas modifican el contrato no podrá imponerlas; en otro caso podrán ser sustituidas tales propuestas de oficio.

V. Algunas precisiones complementarias sobre el ámbito en el que puede ejercerse el arbitraje de equidad. Algunas reglas de orden público.

La determinación de las reglas positivas a las que ha de sujetarse el árbitro de equidad, Remisión al Capítulo III de esta otra. Consideración aquí de las reglas procesales de orden público. Su enumeración y análisis. A pesar de las apariencias no encierran al árbitro en un anillo de hierro. El núcleo de la función arbitral de equidad permanece intacto.

VI. Las cuestiones previas y las accesorias.

La amplitud de las medidas que puede adoptar el árbitro durante el procedimiento arbitral. La iniciación de éste no le inmoviliza. El tiempo que transcurre le exige resolver las cuestiones previas y las que fueren consecuencias de la controversia salvo que no fueren arbitrables. Puede ordenar la compensación de deudas o pronunciar la solidaridad de las mismas. El poder "ex officio" de atender a una razón de equidad no invocada por alguna parte. La activa configuración del poder arbitral como poder activo y creativo.

Sección VI. El arbitraje de equidad en los Estados Unidos de América.

I. Ideas generales.

A) Dos opiniones sobre el sistema arbitral norteamericano. La que afirma es mera traslación del derecho inglés; la que recaba su originalidad. Las razones en las que esta última se funda. Diferencias entre el sistema inglés y el americano. La existencias del arbitraje de equidad.

B) La posición rigorista. La aplicación necesaria del derecho estricto por los árbitros. La opinión de Miss Keller. La crítica de esta crítica. La opinión de Rosenthal. La jurisprudencia. La época de la indecisión y de la contradicción. El vehículo hacia un régimen más liberal. La interpretación jurisprudencial de la Ley Federal de 1925. La ratificación del Convenio de Nueva York de 1958 en 1970 por los Estados Unidos. La promulgación de la Arbitration Act del mismo año. Se ha abierto así el país al moderno arbitraje comercial internacional.

II. Un breve análisis del sistema norteamericano.

A) Sus notas caracterizadoras más importantes: a') Espíritu favorable al arbitraje. b') La Arbitration Act y las Reglas de la American Arbitration Association (A.A.A.) no imponen la obligación de motivar las sentencias arbitrales. En la práctica así ocurre, a no ser que las partes dispongan lo contrario. Si se aplican las reglas de la Ley modelo de la Uncitral será necesaria la motivación por exigirlo estas. c') Si las partes al margen del procedimiento llegaren a un acuerdo sobre la controversia, el árbitro puede recoger a petición de ellos el texto de aquel en el laudo. d') Los errores del árbitro —de hecho o de derecho— no son motivos de impugnación del laudo que produzcan su nulidad. Por el contrario si lo es que el laudo se hubiere dictado "with manifest disregard", es decir con manifiesto desconocimiento de la ley. La introducción de este motivo en el más amplio encaminado a proteger el orden público. La frontera entre la interpretación errónea y el "manifest disregard".

B) La contradicción formal entre la negativa a admitir que existe una amigable composición en derecho de los Estados Unidos y la realidad de la práctica en la que existe una institución similar. Los árbitros atienden a la ley como orientación o guía.

C) La Ley Federal Americana (F.A.A.) fué promulgada en 1925 y ha sufrido numerosas reformas. Cada Estado de la Unión tiene su Ley estatal propia. La Ley Federal se aplica al arbitraje internacional. La American Arbitration Association es la institución arbitral más importante; existen otras pero con limitaciones a una determinada rama de la actividad o a una zona geográfica. La aplicación de las Uncitral Arbitration Rules. La publicación de las Supplemental Procedure Rules for International Commercial Arbitration de la AAA.

D) La amplitud de las facultades de los árbitros es característica del derecho americano. La materia arbitrable no coincide con la materia litigiosa ante los Tribunales de Justicia. La ley de Nueva York dispone que es ejecutivo un acuerdo arbitral sin tener que atenderse al carácter litigioso de la controversia. Extensión de tal doctrina.

E) Por medio de la conformidad de las partes, expresada en la cláusula, los árbitros pueden colmar las lagunas del contrato. Las diversas clases de lagunas. La amplitud de

la materia arbitrable en materia de patentes y carteles y trusts.

F) No está prescrito en las AAA Rules que el arbitraje deba resolverse según ley. Las Uncitral Arbitration Rules cuyo empleo va aumentando, dispone lo contrario (Rule 33.1.). No es fácil determinar el criterio a seguir en la elección de la ley aplicable. En la práctica los árbitros no están obligados por regla general a motivar los laudos. Excepción de ello es que las partes lo acuerden o lo imponga la ley aplicable. Cuando la cláusula arbitral no lo indica, se aplican según los casos, la ley más apropiada, o la ley de la sede. Cuando ni el contrato ni las Rules aplicables determinen la ley aplicable al caso, el árbitro resuelve según su personal criterio de justicia y equidad.

G) Hay posibilidad de un arbitraje de equidad. El arbitro tiene una amplia libertad para interpretar el contrato.

Sección VII. El arbitraje de equidad en el Derecho inglés.

I.- Las "equity clauses o "amiable composition". Las dificultades opuestas a su admisión

A) El árbitro sólo puede resolver las dificultades para su admisión conforme a los mandatos de la ley. Esta regla es un principio general del Derecho Inglés. La Arbitration Act sólo regula el arbitraje de Derecho. Escasa receptividad de las doctrinas sobre el arbitraje internacional creadas en otros países occidentales.

B) La razón que funda la especialidad del Derecho inglés. Los problemas a los que se refieren dichas cláusulas, no se producen en los contratos que se resuelven por arbitraje en el Reino Unido. No obstante se admite que la situación cambiará en el futuro, entre compañías internacional es corporaciones estatales, vinculadas por los "one off" contracts en los que se pacta la exclusión de las apelaciones.

C) La oposición de la doctrina parece revelar una situación puente. Ilustres juristas dedican a esta materia profundos estudios, aunque nos dicen que su finalidad es advertir a quienes usen tales cláusulas que atiendan a "las dudas y caos que de aquellas pudiera derivarse". La realidad es distinta. Los nuevos criterios se insinúan por la Arbitration Act de 1979. Un anteproyecto de nueva ley sobre el arbitraje. El sistema inglés se encuentra en revisión. Con referencia al arbitraje internacional se sostienen afirmaciones contrarias a las trascritas. Importancia de la cuestión. La admisión del arbitraje de equidad corresponde a la ley de los Estados que son parte de los Convenios Internacional sobre arbitraje. Si estas los admiten el arbitraje de esta clase puede tener lugar; en otro caso no sería posible. La aplicación de la ley inglesa a un arbitraje de equidad internacional depende de si aquella regula tal institución.

II. La atenuación del rigor del principio de necesaria aplicación del derecho por el árbitro. Las cláusulas de "hardship", las de "freedom for technicalities an strict construction", las de "fillings of gaps" y de "adaptation of contracts"

A) En cierto modo son estas cláusulas la contrapartida de la prohibición inglesa de las cláusulas de equidad.

B) Examen de las cláusulas de "hardship. a') Tienen por fin readaptar el contrato a nuevas circunstancias que hacer pesar un "injusto rigor" sobre alguna de las partes ("undue hardship"). Las partes deben renegociar el pacto; si no se llegare a acuerdo se resolvería el contrato. En ocasiones se pacta que en tal caso de deacuerdo se acuda al arbitraje. Esta materia se cobija bajo el título de "Rectification of a contracts". Es necesario que conste claramente esta facultad arbitral. Las fórmulas usuales de la cláusula arbitral no ajustadas a estas modalidades pueden producir amargas excepciones. b') La facilidad de aceptación de la doctrina se debe a la expansión de la teoría de la "frustration" del contrato, que considera no es susceptible de ejecución cuando el cambio de circunstancias hace que una obligación fuere "radicalmente distinta" a la inicialmente concertada; las cláusulas de "adaptation of contract" y la de "filling gaps" son otras modalidades distintas de la anterior. Por la primera se trata de reescribir las cláusulas del contrato para ajustarlo a lo que las partes convinieron, pero no escribieron correctamente. No es una cláusula arbitral, sino una facultad del árbitro que se presume dentro de ciertas condiciones. En cuanto a la cláusula de autorización para llenar las lagunas del contrato ("filling gaps") es la que se usa cuando quienes están en continuas relaciones de negocios omiten regular un evento que posteriormente emerge. Para tal caso se defiende la cuestión a un tercero llamado "helpful outsider" para que decida como un árbitro. Otro caso se produce cuando en el curso de un contrato a largo plazo se producen cambios en las circunstancias y se recurre a un Tribunal arbitral para que resuelva lo conveniente. El distinto camino que se sigue en las dos cláusulas examinadas condiciona los resultados. En la primera se encomienda la resolución a un particular; en la segunda a un Tribunal arbitral. Las reglas de la CCI para adaptación de contratos. Respecto del segundo caso en que actúa un Tribunal arbitral se admite; en cuanto al primero niega que la intervención del tercero sea un verdadero arbitraje.

C) La libertad del árbitro frente a las "technicalities", "The freedom for technicalities and stricts constructions". a') El concepto de "technicalities" es equivalente al de cuestiones no esenciales. La cláusula que autoriza al árbitro a prescindir de ellas le desvincula de interpretaciones estrictas y estrechas de la regla jurídica. Su eficacia similar a la de la cláusula de amigable composición. El árbitro no está obligado a seguir una interpretación rigurosa y literal del texto positivo (strict construction). b') Su contenido incluye algunas reglas materiales. El problema de las pérdidas de derechos por transcurso de plazos y omisión de determinada conducta. El problema de las caducidades o prescripciones determinadas por una

ley de orden público. No supone esta cláusula que pueda llegarse siempre a un derecho justo. Se dice, al contrario que provoca injusticias. El árbitro no puede ni modificar el contrato, ni transgredir la ley. Puede parecer que se trata de un caso de aplicación de lo que yo llamo la "aequitas minor" ligada siempre a un texto positivo. La opinión de Sir Michael Mustill y Steward G. Boyd, que por el contrario parecen referirse a la "aequitas maior".

III. El arbitraje de equidad en el comercio internacional según el derecho inglés.

A) La situación especial del Reino Unido en relación con la Arbitration Act vigente. La preparación de un anteproyecto que se tramita desde hace años. Las circunstancias influyentes. La adhesión de Inglaterra a los Convenios de Nueva York y Ginebra.

B) La doctrina moderna. Un ejemplo. El punto de vista de Redfern y Hunter. Se admite la cláusula de equidad siempre que se hubiere pactado la exclusión de la apelación conforme a la Sección 3ª de la Arbitration Act de 1979. Con relación al arbitraje de equidad se aclaran que no es aquel sistema de reglas y recursos opuestos a la "common law" sino el auténtico y verdadero sentido de la equidad desprovisto de limitaciones históricas y de codificaciones positivas. En tales casos el árbitro de equidad está sólo limitada por las reglas de orden público y por algunas disposiciones imperativas de la "lex arbitrii".

IV. Los usos y costumbre : la "lex mercatoria".

A) La posición genuina inglesa. Los usos y costumbre constituyen la esencia del contrato (substance). Por ello la cuestión de si el árbitro puede desconocer los usos se refiere al mismo problema planteado respecto del contrato. Sólo podrá separarse de aquellos cuando tenga facultades para separarse de las estipulaciones del contrato. Opinión acerca de la poca aplicación de esta doctrina. Su razón. Los usos y costumbres son normalmente, lo que los hombres de negocios consideran justo y razonable. La disposición de la Ley modelo de la Uncitral. El reglamento de la CCI. La exigencia en ambos de que el árbitro tenga en cuenta "los usos mercantiles". El Convenio de Ginebra tiene distinta disciplina. Mejora la fórmula anterior respecto del arbitraje de derecho; pues exige expresamente que el árbitro "tenga en cuenta" las estipulaciones del contrato y los usos mercantiles. En cuanto al arbitraje de equidad nada dice. La doble habilitación del árbitro.

B) "La lex mercatoria". La desconfianza del derecho inglés frente a ella. Su carácter asistemático; la ausencia de un criterio claro de aplicación de los principios generales. La dificultad de encontrar una resolución ajustada al caso concreto. El rechazo es total.

V. El replanteamiento actual en los círculos especializados del Reino Unido de la cuestión relativa a la validez de las cláusulas de equidad.

A) Los Tribunales de Justicia de Inglaterra como es de todos sabido tienen un papel relevante en el desarrollo del derecho positivo, desde épocas muy lejanas. La cuestión de la validez de la cláusula de equidad respecto de la Arbitration Act de 1979 está planteada en la doctrina, y posiblemente accederá a los Tribunales de Justicia en un plazo no muy largo. El extraordinario desarrollo del comercio internacional. La supresión del "special case" o "case stated" cercenando así la intervención de los Tribunales en el arbitraje por mandato de la Arbitration Act de 1979. La presión de las ideas y de las leyes de otros países. Todo ello son factores del replanteamiento actual de la cuestión. A la vista de ello Sir Michael Mustill y Steward G. Boyd en su obra citada dicen que la razón de ser de sus investigaciones está en facilitar a la High Court el conocimiento de los más importantes estudios.

B) La opinión de Redfern y Hunter. Los cuatro posibles sentidos de la amplitud de la cláusula de equidad. Rechazo de la cuarta. Las tres restantes quedan resumidas en una sola regla. Formulación de esta. El Tribunal arbitral debe resolver conforme a algunos preceptos legales, atendiendo a los hechos y a las cláusulas del contrato, siempre que se asegure que estas últimas no operan injustamente contra alguna de las partes.

Sección VIII. El arbitraje de equidad en el derecho alemán.

I. Una primera aproximación.

A) Acusada influencia desde el siglo XIII del Derecho canónico en los Estados alemanes. Su calificación como una concepción más elevada de la Justicia, no abstracta sino ajustada al caso concreto. Feliz coincidencia de los nuevos principios con la antigua praxis de los pueblos germánicos. El arbitraje como cauce procesal en el que se usa la "benevolencia" (Gute) y la "cortesía" (Mine). No consiste en un combate judicial. Se trata de ajustar los intereses comprometidos, desde el punto de vista de un análisis equitativo.

B) Algunos antecedentes históricos. El antiguo derecho de los pueblos germánicos.

C) La evolución del arbitraje conforme a las concepciones de tales pueblos llevó a que este se configurase como amigable composición, diferente a la institución del mismo nombre que regula el derecho francés. El derecho alemán no distinguió durante muchos siglos entre ambas clases de arbitraje. El siglo XIX y las convicciones legalistas desoyeron la tradición jurídica alemana. Se exigió para aplicar el arbitraje de equidad, que se pactase expresamente.

D) En la práctica los árbitros no estuvieron jamás sujetos a las leyes procesales. La estipulación por la que se dispensa al árbitro de ajustarse al derecho estricto podía ser inclu-

so tácita. El carácter esencial del arbitraje alemán está alejado del tipo de arbitraje conforme a derecho, pues no se admitía recurso contra el laudo. Caso de que así se pactase ya no sería un verdadero arbitraje según la Escuela de los Pandectistas en el siglo XIX. Anteriormente cabía impugnación si fuere el laudo contrario a la equidad. La impugnación por nulidad de la sentencia queda referida sólo al momento del "exequatur". El sistema alemán actual no regula separadamente el arbitraje de equidad. El sistema dualista es obra de la jurisprudencia que mantiene la tradición secular alemana. Sigue siendo necesario el pacto expreso para aplicar el arbitraje de equidad.

II. Algunas notas complementarias sobre el sistema del arbitraje de equidad en el derecho alemán contemporáneo.

A) La ZPO reformada en 1986 establece con carácter general que la decisión arbitral no puede ser manifiestamente contraria a los principios esenciales de la ley alemana, ni resultar incompatible con la Ley básica, es decir la Constitución Federal. Las partes expresa o tacitamente pueden dispensar al árbitro para resolver según equidad. La resolución del árbitro de equidad no debe quebrantar las reglas de la moral ni el orden público. El árbitro de equidad tendrá en cuenta el contrato y usos del comercio de que se trate. No se distingue entre arbitraje interno e internacional.

B) Extraordinaria amplitud de las facultades del árbitro de equidad. Sólo constituyen límites a su poder moderador, los principios esenciales de la ley alemana y la Constitución. Ello es expresión actual del profundo sentir del genio germánico sobre el arbitraje. La reforma de la ley de 25.7.1986. La nueva noción del orden público. La calificación como alemana de la sentencia extranjera en la que se hubiere aplicado la ley alemana de procedimiento. Posibilidad de impugnar esta sentencia ante los Tribunales alemanes.

Sección IX. El arbitraje de equidad en los Convenios Internacionales.

A) Los Convenios Internacionales como expresión de las doctrinas acerca del arbitraje internacional. Su aparición consecutiva es consecuencia de los nuevos problemas y de las nuevas ideas. Su clasificación en dos grupos según guarden silencio sobre el arbitraje de equidad o se refieran al mismo expresamente. El silencio no es ignorancia del arbitraje de equidad. La admisión del mismo se remite a las leyes de cada Estado (artículo 1.a) del Convenio de 1927 y artículo V apartado a) del Convenio de Nueva York de 1958. La razón de este sistema. Las distonías entre los diversos sistemas jurídicos.

B) El método adecuado para superar tales antinomias y alcanzar la ratificación del

Convenio de Nueva York fue el silencio y el reenvío de la cuestión a las leyes nacionales. Ca'cter abierto del sistema del Convenio Internacional; sus normas son aplicables a ambas clases de arbitraje.

C) El segundo grupo de Convenios hace referencia al arbitraje de equidad. Expresan la misma doctrina que por interpretación obtuvimos de los Convenio internacionales examinados antes. El artículo VII.2 del Convenio de Ginebra de 1961. La admisión expresa del arbitraje de equidad bajo dos condiciones. La voluntad de las partes, la conformidad con la ley rectora del arbitraje. La primera no puede faltar nunca; la segunda puede no existir cuando el ordenamiento jurídico invocado no reconozca el arbitraje de equidad. Las partes pueden escoger una ley adecuada atendiendo a su posición respecto este problema. Ambito peronal distinto. La repercusión del texto de este Convenio en otros textos relativos al arbitraje internacional. La Ley modelo de la Uncitral (art. 28.3). El Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas de 15.12.1976 (artículo 33.2). El Convenio de Washington de 18.3.1965, sobre arreglo de diferencias por razón de inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, admite el "arbitraje" "ex aequo et bono" (artículo 43.3.) Los reglamentos de las instituciones arbitrales admiten el de equidad. El Reglamento de conciliación y arbitraje de la CCI de París. Otros ejemplos más pueden citarse.

D) La regulación del arbitraje de equidad por las distintas legislaciones, era más bien escasa. Las diversas concepciones acerca del mismo. El sistema francés de la amigable composición. Sus diferencias con el arbitraje suizo o alemán. La necesidad de completar el régimen. Las leyes de los diversos Estados por las que regulan el arbitraje internacional. En ellas se precisa el régimen del arbitraje de equidad. Caracter esencial de la aportación de la doctrina y de la jurisprudencia en el desarrollo de estos sistemas nacionales de arbitraje internacional. El desarrollo del comercio internacional como factor básico del desarrollo del arbitraje de igual caracter. La materia propia del mismo. Los contratos internacionales y sus garantías. Estos son el objeto normal de los arbitrajes internacionales. Recaen sobre la economía de los contratos internacionales y su patología. Es un examen del elemento conmutativo de los contratos onerosos y de las circunstancias que lo alteran o lo impiden.

CAPITULO SEGUNDO

EL ARBITRAJE DE EQUIDAD

Sección I. Nociones Generales.

I. Una aproximación inicial al concepto.

A) El arbitraje de equidad se contraponen al arbitraje de derecho cuando se atiende a las fuentes en las que el árbitro encuentra las razones que fundan su sentencia. A diferencia de otras clasificaciones, aquí el criterio rector específico es el que distingue las reglas de fondo aplicables a la controversia. En este momento inicial de nuestra indagación podemos agregar que la distinción se establece, tomando como referencia a la sentencia arbitral. Así se distingue la sentencia que es dictada según el derecho positivo, de aquella otra que es dictada según la equidad.

B) La incorporación del arbitraje de equidad al sistema del arbitraje comercial internacional, se produce por influjo de las mismas razones que llevaron a su admisión en el arbitraje interno, especialmente coloreadas por la naturaleza y características del comercio internacional.

Estas razones nacidas en el derecho interno de los Estados, se originaron en diversas fases del devenir histórico, al considerar los juristas las relaciones entre el derecho positivo y la Justicia como virtud y como finalidad esencial de aquél. Ante la escasez de normas positivas en los tiempos antiguos, los Reyes y Príncipes fueron antes jueces que legisladores. Traducían en sus sentencias una filosofía jurídica no escrita. Con el progreso de la civilización las normas fueron cristalizando, y en cierta medida sustituyendo a los principios y costumbres a las que se atendía en el período anterior. La poderosa fuerza vegetativa de los sistemas escritos pareció agotar el contenido del Derecho. La asunción de la función legislativa por los poderes supremos de la sociedad, culminó en la estatificación del derecho que depuró, sistematizó y sustituyó a los derecho locales. Todo parecía estar escrito. Como en tantos otros fenómenos de la cultura, la culminación de una etapa sólo significó la apertura de otra nueva de carácter contradictorio con la anterior. El cambio de las situaciones políticas y económicas, el carácter específico de muchas normas positivas, la acusada relatividad de sus preceptos, y su desajuste frente a las nuevas realidades, vinieron a plantear de nuevo la cuestión, de que el Derecho no estaba encerrado en el derecho positivo, y que las carencias y las rudezas de éste, deberían ser suplidas. Por otra parte el progreso de la inter-

pretación jurídica llevó a ver en las reglas positivas no sólo un mandato seco y momificado, sino una "escena real", cuyo conflicto se resolvía atendiendo a reglas racionales y justas, y por ello cuando la realidad no se identificaba con tal "escena" era necesario buscar la razón que llevase a una solución justa. Lo contrario sería llegar a la muerte del derecho, a su desprestigio social y lo que es peor al aniquilamiento de la función jurisdiccional como vía de aplicación del derecho a la fluyente vida de todos los días.

C) Si volvemos la vista a nuestro alrededor, veremos la multitud de sistemas por los que esta opinión racional y vital alcanzó la puerta por donde escapar de la cárcel en que los sistemas de pensamiento positivistas quisieron encerrarla. El derecho del pretor en Roma, la equity en Inglaterra, el aumento de los poderes equitativos de los Jueces y el florecimiento del arbitraje en su máxima amplitud funcional, ésto es como arbitraje de equidad, son ejemplos de ellos producidos desde la Edad Media hasta nuestros días.

El pensamiento volvía en cierta medida a los orígenes. No podía existir regla positiva para cada problema. Por ello ante la incesante producción de estos, se planteaba el dilema de no ser resueltos, o ser encerrados en el lecho de Procusto de la interpretación literal de normas inaplicables que a ciegas llevarían a un resultado injusto y, por ello, sin prestigio moral ni intelectual. Eran necesarios valores o principios generales para aplicarlos a los casos concretos; era necesario construirlos a la medida de las nuevas formas de vida. Una de estas destacaba y marcaba el camino hacia un mundo mejor y más interrelacionado. El comercio, tanto interno como internacional. Otra fuerza concurrente fue la profunda evolución de los estudios del derecho romano, y canónico llevados a altísimo nivel por los mejores juristas de los pasados siglos.

D) Los canonistas y los glosadores llevaron al derecho estricto un espíritu de moderación, concordia y justicia aportando a la realidad cotidiana los antiguos conceptos de "epicheia" o "aequitas" y "benignitas".

Los conceptos del derecho natural, como orden jurídico superior, y sus principios rectores de equilibrio, buena fe, libertad o igualdad y necesidad de cambio y adaptación fueron otra poderosa palanca que el progreso de la noción de arbitraje.

De aquí surgieron las razones que llevaron a la implantación de los arbitrajes de derecho y de equidad; unas veces en determinadas ciudades o territorios; otras dentro de determinadas asociaciones profesionales como las Corporaciones de mercaderes de tan extraordinario desarrollo en el Renacimiento.

El legislador, cuya dignidad se reconoce, es una de las vías de expresión del derecho, pero no la única. La jurisprudencia, es decir la labor de los Tribunales, orientada por la

doctrina propia o ajena, con su amplio poder de apreciación, esta más cerca del camino de Justicia concreta y libre de abstracciones.

II. El caso concreto del comercio internacional.

A) Si tales jalones señalan la vía que conducía a la aparición del arbitraje de equidad en el derecho interno, las características del comercio internacional han favorecido la implantación del mismo. Se trata ante todo de buscar entre comerciantes que actúan en el ámbito internacional, una solución a sus diferencias, que no consista en la mera aplicación de reglas preestablecidas, sino en encontrar una solución equitativa que les permita continuar sus relaciones mercantiles en el porvenir. Es a lo que se refirió MINOLTI cuando atribuyó al arbitraje la divisa de "Far giustizia conservando l'amicizia" (1). Es decir se desea una resolución equitativa de las diferencias, que tenga en cuenta razonablemente los intereses de las partes, que desean mantener buenas relaciones para el futuro, en el que tendrán que coexistir y aún más, en el que deberán cooperar.

B) Estamos aquí apuntando al núcleo de la función arbitral, en su versión de arbitraje de equidad. El derecho estricto se separó de la noción de equidad, o pretendió asumirla totalmente y se ha calificado de autónomo y distinto. La seguridad que el texto escrito de la norma lleva consigo, tiene también sus consecuencias desalentadoras. Se acusa al derecho estricto de "haber perdido en una amplia medida su flexibilidad" y de que "al atribuir a cada uno lo que es suyo", se refiere a un sentido de la Justicia que atiende a las situaciones establecidas y a los derechos adquiridos, estos es al pasado en resumen". En consecuencia "no se orienta hacia el futuro", y no se preocupa de establecer la paz y la armonía entre los hombres" (2).

Los comerciantes que operan en el comercio internacional, repiten hoy día los criterios que llevaron a sus antecesores a rechazar el "ius civile" como derecho de juristas y preferir el derecho de los comerciantes encarnado en los casos y que se adapta mejor con sus peculiares matices a los usos y a la ética (3). Los canonistas y los glosadores dieron a esta orientación el prestigio resultante de su formación moral y jurídica.

Ello se consigue en grado máximo mediante el arbitraje de equidad. Es menester precisar ahora cuál es su concepto, y con que amplitud es reconocido y empleado, en las legislaciones modernas, que ofrecen como veremos posiciones diversas.

Notas

- (1) la opinión europea expresada en el dicho de Minolti tiene valor universal. En Ultramar se sostiene igual criterio. Recordaremos aquí aquella famosa conferencia,

que Carabiber pronunció ante el Comité Nacional francés del arbitraje, en 25.5.1956, en la que afirmó que los hombres de negocios prefieren una solución de equidad a una sentencia perfectamente motivada según el derecho.

Los empresarios prefieren una solución razonable y equitativa de sus diferencias, que les permita, sin vencedores ni vencidos absolutos, resolver las diferencias entre ellos surgidas. Esta solución supone, que ninguno de los aspectos de la operación, que da origen a la controversia, será desconocido y que las dificultades imprevistas, no desequilibrarán el contenido económico del contrato, como algunas veces resulta al amparo de las normas del derecho estricto o positivo. Además, como se ha dicho, la característica de abstracción que corresponde a la ley, no está adecuada al complejo número de operaciones comerciales. Se suele poner como ejemplo la noción de fuerza mayor que recogen los textos positivos, o la regulación de las obligaciones del comprador, en el caso de recibir mercancía no conformes con el pedido, que no están establecidas atendiendo a la naturaleza de las mercancías de que se trate. Por el contrario los comerciantes en sus contratos tipo distinguen si se trata de mercancías perecederas, o que no tienen tal carácter. También diferencian sus cláusulas según se trate de productos de la industria o de la agricultura, de cosas de venta corriente o de objetos facturados especialmente para el comprador, etc. (David R. Ob. cit. pág. 23). El conflicto de los sistemas de normas de conflicto ha sido otro. No era posible en algunos casos predecir cuál sería el derecho aplicable a la operación comercial. Podemos decir, que en el ámbito del comercio internacional se ha producido un doble fenómeno. Los grandes empresarios empezaron por abandonar la vía judicial. A ellos siguieron los de menor envergadura. Es un sentimiento ampliamente difundido entre los comerciantes el rechazo al derecho general codificado. Hay aquí, frente a otras tendencias que en su día estuvieron de actualidad, una reivindicación de la autonomía del derecho de los comerciantes. Se rechazan, incluso los razonamientos de los juristas y los métodos de los tribunales. Ello lo demuestra la admisión generalizada del arbitraje de equidad (En este sentido David loc cit). Se ha llegado a decir, como expresión de este estado de espíritu, que la cláusula arbitral tiene ante todo un papel negativo; el de impedir al Estado y a sus órganos que se pronuncien sobre los problemas de esta comunidad, que desea un orden distinto. (Ph KAHN. La vente commerciale internationale 1961. pág 39). La frase ha tenido su eco en Norteamérica donde se ha dicho que el "arbitraje ofrece a... la industria la posibilidad de resolver sus propios asuntos en vez de verlos regular por el Gobierno". Monroe WH 26. Arbitration Journal 26. 1971. pag. 147/166.

(2) David R. Ob. citada. pág. 27.

- (3) La influencia extraordinaria que han alcanzado los formularios, los contratos tipos, y las condiciones generales para la contratación, en el campo de la regulación del comercio internacional, ha sido claramente percibida por la Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del Derecho Mercantil internacional. Esta, ha prestado gran atención a la reforma de estos importantes instrumentos, para conseguir el progreso del derecho comercial internacional.

Sección II. La investigación acerca del concepto de equidad.

I. Por la senda de los clásicos.

A) Conocido ya el concepto del arbitraje urge acceder al de equidad. La indagación la intentaré por una doble vía.

En primer término diré lo que no es. Es decir que la equidad no es ningún orden normativo ajeno al Derecho. Al contrario se le ha llamado "sustancia del derecho y meta a la que tiende" (1). Por la segunda vía diré, que es aquél principio o idea general, que trata de establecer la igualdad en diversas situaciones jurídicas, sustancialmente idénticas. Con su elegancia habitual Cicerón la definió como aquella fuerza ideal que en "in paribus causis, paria iura desiderat" y que informa todo el sistema del derecho positivo.

La escueta noción ciceroniana, nos descubre el elemento esencial de la equidad, esto es la igualdad de régimen jurídico para las causas o cuestiones iguales. Ello se busca a fin de lograr la perfecta Justicia (2).

San Agustín entiende a la equidad, como la perfecta Justicia, en cuanto esta se identifica con la justa igualdad (3).

B) La noción viene de antiguo. En la Ética a Nicómaco, Aristóteles nos dice que la Justicia nos exige, sobre todo, un tratamiento igual, y que nada ofende tanto la conciencia como el tratamiento desigual de personas y jurídicamente iguales o de situaciones de hecho iguales. Por ello lo "anissos" (iniquus) se contrapone a lo equitativo ("aequus"), y es lo mismo que lo "injusto" ("adikos") que significa algo que no pertenece a la Justicia.

Por medio de la equidad se trata de conseguir un derecho "justo" esto es concorde con la Justicia. Se trata de alcanzar "el fin supremo del Derecho, que es el de aplicar igual tratamiento a las causas iguales, de dar igual protección a intereses igualmente merecederos" (4). Su concepto surge del análisis de la realidad, es decir de la experiencia que conoce un derecho no justo. Del fondo de los siglos nos llega una advertencia "Saepe accidit ut

quis iure civile teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnare" (Gayo) 4,115. En tales casos la equidad viene a restablecer el equilibrio evitando la "imparitas" y la "disimilitudo" que impiden conservar la Justicia (5).

Estamos aquí ante una noción de la equidad que es producto de la investigación de su sentido etimológica. Se trata de la "igualdad" en la aplicación de la norma a todos y sin distinción alguna. Esto puede ser entendido en dos direcciones distintas. La primera consiste en afirmar que nadie está exento de la ley y está sujeto a sus preceptos de igual forma. La segunda —propia de la economía contractual— equivale a postular la igualdad esencial de las posiciones peculiares de cada parte, la equivalencia estimada de sus prestaciones y la negación de posiciones de supremacía que lleven a situaciones injustas y el respeto a la buena fe, y la proscripción del abuso del derecho.

Se trata de una noción que integra un elemento esencial de la noción de Justicia. En este sentido la equidad considerada como "igualdad" constituye "das kosmische Urprinzip" del Derecho; el instrumento material para la conclusión de los actos jurídicos es la balanza, que se considera el símbolo de la perfecta justicia (6).

Más esta noción primera de la equidad no fue suficiente para agotar el impulso del espíritu de los juristas, hacia una más alta y superior Justicia, por encima incluso del texto del derecho estricto. El propio derecho romano usó desde el siglo II del concepto de equidad, en el sentido de aplicación moderada o benévola del derecho escrito. Posteriormente la influencia de las ideas cristianas acentuaron este proceso.

Emergía así, sólidamente fundado en razones teológicas, filosóficas y morales, un principio superior de Justicia y moderación en la aplicación del Derecho escrito, y que se expresaba por medio de la palabra "benignitas".

C) Esta noción de la "benignitas", como componente ético y humano de la "aequitas" en la edad imperial, es definida como la benevolencia atenta a la Justicia, e incluso como la equidad elegante, un aspecto muy humano del "ius est ars aequi et boni", una forma inesperada de la "elegantia iuris", una de esas palabras complejas e intraducibles, que hacen del latín una lengua de pensamiento (7).

Esta noción de la equidad no escapó a la atención de los juristas de derecho romano y brilló inserta en sus textos. Así en el Digesto pueden verse de una parte (D. 1.1.1. 1) a las normas que configuran a la equidad como un instrumento que provee a suplir, o a rebasar el texto estricto de la ley, cuando no resultare conforme con la idea o fin de la Justicia. También puede verse de otra parte, como la equidad actúa como interpretación benévola de la ley, para corregir el rigor de la ley calificada como "iniquitas". En una regla de

Ulpiano se configura esta orientación (D. 13.4.4.1) al decir "in summa, aequitatem quoque ante oculos, habere debet iudex". Podemos comprobar que todo ello viene de lejos a la cultura jurídica romana y que los juristas de Roma tuvieron la inestimable ayuda del pensamiento griego en la evolución de su propio genio (8).

D) Aristóteles al que debemos citar en el origen de estos nuevos conceptos —y sólo Dios sabe en donde se halla el origen de los mismos— conoce dos palabras, dos conceptos relacionados con todo lo que acabo de decir. El primero es un concepto jurídico; el segundo es de naturaleza moral. El primero (isótes) lleva en sí la idea de igualdad, y se corresponde con el concepto de equidad; el segundo "epieikés" implica el sentido de corrección de la norma positiva, para atribuirle la adecuada cualidad humana, que debe suponer toda aplicación de la ley.

E) La evolución posterior en Occidente está caracterizada por la importancia asumida por la doctrina de los Padres de la Iglesia y de los canonistas y glosadores. Estas doctrinas, estos métodos se aplicaban a los textos jurídicos romanos. La noción de equidad se fué perfeccionando merced a una enorme serie de Comentarios y Glosas, Tratados y Disertaciones. La equidad se erige en principio universal de Justicia y fuente de toda interpretación y aplicación de las leyes. A la llegada del Renacimiento la doctrina de los canonistas se orienta hacia la noción aristotélica de "epicheia". En los siglos posteriores las posiciones son variadas. La creencia positivista de identificación del Derecho con la ley escrita, no otorgó en algunas legislaciones, ningún ámbito propio a la equidad. El progreso de los métodos interpretativos abrió camino a la "aequitas minor" como instrumento de moderación de la ley. En algunos casos se reconoció la vigencia de la "aequitas maior" como fuente exclusiva de Justicia; algunos sistemas lo subordinaron al expreso reconocimiento por la Ley.

II. Recapitulación. El arraigo de la equidad en la conciencia jurídica de un pueblo.

No cabe adelantar más aquí en el proceso de análisis de la equidad, ni obtener una definición más precisa de la misma. Eso no es sólo producto de la negativa regla que el derecho antiguo pronunció contra toda definición doctrinal en derecho, sino que es consecuencia de la propia naturaleza de la equidad, cuyo valor y función se encuentra, como dijera Biondi, en su "elástica indeterminación, respecto de los medios con los que este concepto de perfecta y absoluta justicia, recibe su actuación en concretos momentos históricos, en determinados pueblos y en específicos supuestos de hecho" (9).

Terminaremos esta cuestión con unas afirmaciones de Windscheid. El concepto de equidad es por su naturaleza indeterminado, y recibe su contenido de la conciencia jurídica, o del sentimiento jurídico, de quien toma en consideración un determinado derecho. Pero como no es sólo un sentimiento o una conciencia jurídica individual, sino que es ade-

más un sentimiento y una conciencia de un pueblo, la equidad indica el ideal que el derecho de cada pueblo debe disponerse a realizar (10).

Notas

- (1) Ferrini; Contardo. Manual de Pandectas. 7. Etimológicamente "aequitas" significa igualdad. "Aequus, est secundum naturam iustus dictus, ab aequalitate, hoc est ab eo quod sit aequalis; unde et aequitas appellata ab aequalitate quadam scilicet". (San Isidoro de Sevilla. Etimologías. X; 7).
- (2) Tópica 23. Caron la llama medio o instrumento para alcanzar "el fin supremo del Derecho que es el de aplicar igual tratamiento a las cosas iguales, dar protección a intereses igualmente merecedores de ello. Aequitas romana, Misericordia-Patristica ed Epicheia aristotélica nella dottrina de la aequitas canonica. Milan Giuffré, pág. 2.
- (3) "Quia nihil, ut arbitror, dicimus esse iustitiam nisi aequitatem; aequitas autem ab aequalitate quadam videtur appellata... ergo iustitia servari non postet, si in rebus in quibus servatur, sit quaedam, ut ita dicam, imparilitas et dissimilitudo. San Agustín. De quant, anim IX. Migne. Padre Latinos. XXX III número 1043.

La noción clásica de la "aequitas" nos dice Calasso comentando el texto de la Tópica de Cicerón antes citado, es algo intrínseco al sistema de derecho positivo y no algo fuera o por encima del mismo; por ello una antítesis entre "ius" y "aequitas" era entendida concebible, pero sólo como una discrepancia entre una concreta norma del sistema, y la totalidad de este". Lezioni di storia del diritto italiano. La fonti del diritto. Sec V-XV. Milan 1948 págs. 232/233. Entiendo que la referencia al ordenamiento jurídico como un todo debe entenderse hecha también a los principios generales en los que aquel encuentra su fundamento. Más certeramente a mi juicio. A. Ravá nos advierte que "en el derecho clásico ella (la equidad) se presenta como un "quid" desprendido del derecho, pero que su esencia es puramente jurídica. Se presenta por tanto, compuesta exclusivamente de elementos jurídicos: Está representando el verdadero fin supremo de todo el Derecho". (El problema delle lacune dell ordinariamento giuridico canonico) Milan 1954-148. Aquí como se ve —entendiendo— la equidad no es sólo un elemento intrínseco del Derecho (encerrado en el sistema positivo) sino algo desprendido o separado del Derecho, pero con una presencia y una esencia puramente jurídica. Está compuesta de elementos jurídicos exclusivamente, pero no se confunde ni se encierra en el sistema positivo. Al contrario lo confronta poderosamente, con los fines propios de todo el Derecho y no sólo del sistema positivo.

Aquí no sólo se contempla la equidad inmersa en un ordenamiento positivo, se la entiende como un bloque independiente de principio jurídicos, que corrige y contradice en ocasiones a aquel. La equidad entiendo, es el foro donde se juzga acerca de la justicia de las normas positivas, en nombre de una Justicia superior o suma. Por ello me permito discrepar de la opinión citada de Calasso y advierto que debe referirse exclusivamente al derecho romano de la época clásica la opinión de V. Scialoga cuando afirma que el concepto clásico de equidad no contiene nada que no pueda concordarse con el derecho estricto. (*Del diritto positivo e della equità*. Camerino 1880, 15). Debo explicar que mi discrepancia respecto de la opinión del maestro italiano, se refiere no a la opinión expuesta y referida al derecho clásico exclusivamente, sino a la generalización de tal doctrina, que otros autores pudieran hacer al total periplo histórico del Derecho de Roma ya que es innegable — como luego se verá — que junto a esta interpretación de la equidad surgió otra en la que asumió el carácter de un principio superior de Justicia o de moderación.

- (4) Véase la cita de Caron, nota número 2.
- (5) La "aequitas" es un concepto forjado en la áspera confrontación con el derecho injusto. La realidad demuestra la existencia de casos en los que el derecho positivo se desvía del ideal de la perfecta justicia. Véase Caron, ob citada anteriormente, pág. 3. En tales casos no se aplica la norma de modo igual, o no se atiende al equilibrio moderado de las diversas exigencias que constituyen los conflictos humanos. En estos supuestos, como dice el autor citado el "iustum", es decir lo que está conforme al "ius estricto", está en contraposición con lo que es "aequum". Por ello, la norma resulta "iniqua". Con relación al Senado consulto Claudiano, el propio Gayo, antes citado, expresa su disconformidad con la "iniquitas rei". La vieja regla "Summun ius, summa iniuria" nos envía también su mensaje y nos advierte como lo justo puede convertirse en injusto, cuando se produce la desnaturalización del derecho y, la norma jurídica es sustituida por reglas en la que hierve la violencia.
- (6) Von Lubtow. *De iustitia et iure*. 255. *Romanistische Abteilung* 66. 1948, 588 y sgtes. Caron en su obra citada, pag. 2 nota 6, nos recuerda con relación a la balanza — signo de la Justicia — que la pequeña estatua que se usaba como peso llevaba la inscripción de "Equetas".
- (7) *Labourderie Boulon "Benignitas"* *Rev Hist Droit francais* IV S. 16 1948, 137/144. Citado por Caron obra citada pág. 4.
- (8) *Labourderie Boulon* señala que el sentimiento de las "pietas" se expresa de modo inequívoco en la Sátira XV de Juvenal, y dice además que la "benignitas es parte

integrante de la definición de Justicia que da Ulpiano" (D. De iustitia et iure, I.I).
"Constants et perpetua voluntas ius suum civique tribuendi".

- (9) Biondi; Il diritto romano cristiano. Tomo II. Milan 1952. 29.
- (10) B. Windscheid. Tratado de las Pandectas. Turin 1925 pág. 82/83. Trazar la historia de la equidad hasta nuestros días excedería de los límites de estos temas. Aquí nos interesa sólo el concepto en toda su extensión. El régimen actual de la equidad en el arbitraje es objeto de estudio en este capítulo.

Sección III. El origen y desarrollo común del arbitraje de derecho y el de equidad. La noción de "amigable composición".

I. El Derecho Romano y el Derecho Canónico.

A) El derecho romano conoció dos formas de arbitraje. De una parte el arbitraje "ex compromisso", es decir pactado especialmente, garantizado por una "poena", y realizado por un "arbitrator". De otra parte el "arbitrium boni viri" cumplido por un "arbitrator" y encaminado a completar, en los llamados contratos de "bona fides" algunos puntos dejados en blanco por las partes, como el precio de la cosa vendida, o señalar la parte de cada asociado en los beneficios de una sociedad (1).

B) La influencia del derecho canónico rompió este esquema del derecho clásico. Dos reglas básicas afirmadas enérgicamente sirvieron para ello. De una parte el reconocimiento de que todos los pactos son vinculantes en derecho, y que por consiguiente producción acción y excepción. La segunda regla fue la de que todos los contratos quedaban sometidos a las reglas de la "bona fides". No había contratos al margen de esta regla.

Como consecuencia de ello todos los contratos pasaron a ser regidos por el derecho y no sólo el escaso número autorizado anteriormente. Todavía más se autorizó de manera general a las partes a recurrir al "arbitrator" y por esta vía se introdujeron las nociones de conciliación y de caridad básicas en el espíritu cristiano que la Iglesia sostiene y propaga. Ello implicó que las partes aceptaban que el "arbitrator" considerase la controversia, no sólo conforme al derecho estricto, sino desde el punto de vista de la equidad, y tratase de reestablecer la concordia entre las partes. El éxito de la institución, así transformada la llevó a conocer de toda clase de controversias. El carácter peculiar de su técnica llevó a la transformación del nombre del "arbitrator" que fue sustituido poco a poco por el "amicabilis compositor". Este elaboraba al principio una especie de transacción (2). Se trataba de disolver los conflictos apelando a la voluntad de conciliación, más que de resolverlos con-

forme al derecho estricto. Posteriormente el "amicabilis compositor" vio reconocido su derecho de resolver por su propia autoridad la controversia. Con ello su sentencia salió del nivel de mero complemento de contrato, sin fuerza ejecutiva y ascendió al nivel de resolución con fuerza ejecutiva asimilándose a la de "arbitr ex compromisso" institución ésta que por obra de los Glosadores adquirió carácter jurisdiccional, especialmente acusado durante la Edad Media.

Fue muy frecuente que ambas instituciones se confundiesen, y en la práctica se concedían al árbitro las facultades de resolver como "arbitr vel arbitrator" "arbitr seu amicabilis compositor". Los archivos de los países del grupo romano germánico están llenos de documentos en los que estas fórmulas se utilizaron. Los Fueros, Estatutos o Cartas de Fundación de las villas y ciudades no establecieron distinción alguna entre las resoluciones de ambas clases de arbitraje en orden a su ejecución. La "amicabilis compositio" había salido de la economía contractual, propia del derecho romano y el amicabilis compositor dictaba una resolución ejecutiva. Las sentencias de ambos arbitrajes eran recurribles, modificándose el criterio seguido anteriormente respecto de las dictadas por el "arbitr ex compromisso". A estas se aplicó el sistema establecido para los amigables componedores. La sentencia podía ser anulada si fuere contraria a la equidad (iniqua) pero no si fuere contraria al derecho estricto (iniusta).

No existía en aquellos tiempos ninguna distinción entre arbitraje de derecho y arbitraje de equidad. Las normas jurídicas positivas eran frecuentemente escasas, oscuras y confusas. Su gran número hacía difícil saber cual era la aplicable, además estaban enfrentadas a una sociedad en transformación (3).

C) La amigable composición es aquí esencialmente un arbitraje de equidad. Ha perdurado a través de los tiempos incluso en las leyes y en la praxis de muchos países. Lo curioso es que a partir de las Codificaciones del Siglo XIX y del influjo de las ideas positivistas que identificaron las nociones de Ley y Derecho, la equidad ha querido ser encerrada dentro de los sistemas de derecho positivo, y se ha dado a la "amicabilis compositio" un carácter más estricto que el que tenía en los largos períodos seculares cumplidos desde el siglo XIII.

Hoy día se tienen opiniones contrapuestas —como veremos— sobre el arbitraje de equidad y la amigable composición. El punto de vista del derecho francés no es el mismo que el suizo o el alemán. Algunos autores pretenden encontrar diferencias entre el arbitraje "ex aequo et bono" y la amigable composición. Otros contradicen tal opinión. En cada caso habrá que precisar las reglas jurídicas en vigor en cada ordenamiento o los reglamentos de las instituciones arbitrales, a la luz de la jurisprudencia y de la doctrina, factores interrelacionados y cooperantes en el proceso de desarrollo y aplicación de las instituciones

jurídicas a las modernas necesidades de la vida social.

Notas

- (1) Es sabido que el Derecho Romano desconoció la libertad contractual. Durante el reinado de Justiniano sólo algunos contratos eran reconocidos por el Derecho. El convenio arbitral estaba fuera de este caso y carecía de efectos jurídicos. Esta situación de desamparo se obviaba mediante el uso de una doble promesa (*compromissum*), unida a una "*stipulatio*" de pagar una multa, si alguna parte no se sometiese al arbitraje, o no cumpliera la sentencia. Llegado el caso el Juez era requerido por medio de la correspondiente "*actio*" a dar eficacia jurídica a la doble "*stipulatio*" sin considerar la sentencia. Y así lo hacía.

Esta situación del compromiso como contrato autónomo era distinta de la que correspondía a la promesa de someterse a un arbitraje si se incluyera en un tipo de contrato, los consensuales, en los que tenía gran influencia la regla de la "*bona fides*". Pero sólo se refería este contrato a que un tercero determinase algunos extremos de aquel dejados en blanco por las partes (precio, renta y alguna otra). La cláusula no tenía valor general; se aplicaba a casos concretos. La naturaleza de los contratos de "*bona fides*" implicaba la posibilidad de la revisión judicial de la decisión del arbitrator si fuere manifiestamente injusta o si fuera contraria a la buena fe. Vid. David. R Ob cit pág. 118/119. Debe recordarse que las dos instituciones arbitrales actuaban dentro del círculo del derecho de las obligaciones, no entraban en el derecho procesal y el árbitro carecía de poderes para ordenar el cumplimiento de su resolución. Esta es la opinión del autor citado.

- (2) Petrus Jacobus a Monte Pessulaneo dice "*item est notandum quod sententiam arbitrorum est quaedam transactio*" Johannes Baptista a S. Blasio nos dice:... "*nam per ipsum compromissum factum in arbitratoribus videtur initus inter compromittentes quidam contractus quasi transactionis*".

En la misma línea puede citarse esta definición: "*Arbiter est qui videt an sit aliquid alteri daturus; amicus compositor est qui venit at eos ad concordiam reducir absque sua sententia*". Bartolo. Vid David ob. cit. págs. 122 y 123 donde reproduce estas citas de una obras de Wenger allí mencionadas.

- (3) El acontecer histórico supone un cambio sustancial de valores y una crítica profunda del derecho vigente.

Las revoluciones del siglo XIX fueron favorables, en los primeros tiempos, a la existencia del arbitraje. Después cuando los ordenamientos nuevos entraron en vigor el criterio varió de manera total. El arbitraje ya no era el vehículo de la libertad y el adversario de las sutilezas jurídicas del antiguo régimen. Se había convertido en un sistema de elusión del nuevo Derecho.

Por ello era mirado con prevención. El arbitraje obligatorio sólo se conservó para algunas materias determinadas. Se pensó en prohibir el arbitraje voluntario. Esta evolución se produjo en Francia. No prosperó la idea. Se salvó el arbitraje por el voto del Consejo de Ancianos. Pero el ambiente negativo continuaba inspirando a los hombres públicos. En estas condiciones se votó el Code de Procedure Civile de 1808. A nadie puede extrañar que sus reglas hicieran muy difícil el arbitraje y revelaran el propósito de impedir su uso. El arbitraje es sólo la primera instancia de un procedimiento que proseguiría sin tramitaciones ante los Tribunales. En cuanto a la amigable composición, revistió asimismo carácter jurisdiccional acusado y fue "asumido" por el Código Procesal. El arbitraje reconocido por el Code Civile quedó reducido a los casos en que intervenía el "arbitrator" según el Derecho romano, es decir el de fijar el precio en la compraventa o señalar la participación de los socios en los beneficios de la sociedad. Este arbitraje tiene naturaleza contractual y no tiene relación alguna con el regulado en las leyes procesales. La cumbre de esta evolución está en la resolución del Tribunal de Casación francés de 10.7.1843 por la que condena la cláusula arbitral, condena que luego limitó el derecho interno. Admitió el compromiso, es decir, la vía arbitral acordada por las partes después de haber surgido la controversia. Hasta 1925 no se admitió la cláusula arbitral en los contratos comerciales. En los demás casos es nula, si la ley no dispone otra cosa. Así lo dice el artículo 2061 del vigente Code Civile francés según la redacción establecida por la ley 72/626 de 5.7.72.

Sección IV. Concepto y contenido actual del arbitraje de equidad.

I. La diversidad de los sistemas. El sistema francés.

A) Sobre esta cuestión no existe un criterio uniforme, aceptado universalmente por todos los Estados, y por todas las escuelas jurídicas.

Unas veces se considera, que los términos de arbitraje de equidad y amigable composición, son dos nombres dados a una misma institución; otras, se afirma lo contrario, y se entiende que la amigable composición, en algunos sistemas jurídicos, atribuye al árbi-

tro menos libertades, que el arbitraje de equidad.

B) En el derecho francés, al que tomamos como eje de esta exposición, se dice que la amigable composición no supone que "a priori", y con carácter inmodificable, el árbitro prescinda de arriba a bajo del derecho. La equidad es "un fin al que tiende la investigación del árbitro". La jurisprudencia y la doctrina francesas, han declarado que "es más bien un fin buscado por el árbitro, indefinidamente perfectible, que tiende a sobrepasar las interpretaciones provisionales del derecho positivo" y supone el reconocimiento de un derecho superior a los derechos positivos porque está más atento a la equidad (1).

Por ello se ha dicho que el árbitro de equidad no resuelve en realidad según la equidad, sino más bien en atención a la misma (2).

La afirmación no es un mero juego de palabras. Se expresa aquí una distinción profunda. La equidad no es un código de reglas concretas, sino un sistema de valores superiores, a cuyo tenor se analizan, se juzgan y valoran, y en su caso, se sobrepasan, las reglas positivas. La equidad se aplica sobre un entramado de normas vigentes, y cuando el resultado no es concordante con las imperiosas exigencias de una superior justicia que aquella integra, entonces modifica tales resultados, corrige o prescinde de tales normas y se remonta más allá del precepto concreto, juzgado insuficiente, para dar lugar a una resolución justa. Como se ha dicho certeramente, el arbitraje de equidad es una posibilidad de sobrepasar el Derecho en nombre del Derecho (3).

C) No estamos aquí conforme al derecho francés ante una institución que permita el libre juego del subjetivismo arbitral. El árbitro no está autorizado a prescindir de un contrato válidamente concertado por las partes. Ello significaría la "desnaturalización" del contrato según se expresa la doctrina francesa. Tampoco puede —según la opinión más caracterizada— ser concebida la cláusula que instituye el arbitraje de equidad, como una renuncia al derecho, o un pacto para someterse a reglas, no jurídicas (4). Estas se estiman interpretaciones simplistas. La cláusula por la que se instituye un arbitraje de equidad, supone la ampliación del sistema de posibilidades. o de instrumentos concedidos al árbitro, que podrá ahora usar otros nuevos, incluso discrepantes con el ordenamiento jurídico positivo, a fin de encontrar una sentencia justa. Todo esto lo resume Loquin en una fórmula magistral. La cláusula —dice— amplía los poderes del árbitro respecto de la manera de comprender o abarcar la controversia (5).

II. El sistema suizo. Sus esenciales diferencias con el sistema francés.

A) La opinión antes citada no es universalmente admitida. La legislación y la doctrina francesa no usan la expresión de "arbitraje de equidad" sino la de "amigable composi-



ción" que algunos autores consideran distinta a la primera, y de radio más reducido por lo que se ha dicho que la asimilación de ambas instituciones es abusiva (6).

En el derecho suizo por el contrario la ley vigente permite expresamente que el Tribunal resuelva, en derecho o en equidad. Esta expresión totalmente distinta a la empleada por la ley francesa revela que estamos ante una institución diversa (7).

Esta fórmula legal; esta diversificación de los arbitrajes se formula más exactamente por la doctrina al decir que se distingue entre sentencia según derecho y sentencia conforme a equidad, ya que el elemento diferenciador se refiere al fondo de la controversia y no se trata de una distinción por razones procesales (8). La noción de sentencia de equidad supone una resolución adoptada en un caso específico sin referirse a normas generales preestablecidas, incluyendo en ellas incluso a las imperativas. El árbitro tiene por tanto una gran libertad. Sólo queda obligado a tenerse a las disposiciones del contrato, y a los principios del orden público internacional del país, o de los diferentes países que fueren implicados en la controversia, y por los del orden público transnacional (9).

Como consecuencia de ello se sostiene que el arbitraje de equidad, en el derecho suizo es esencialmente distinto de la amigable composición, tal como es concebida por el derecho francés, que en términos generales solamente permite al árbitro, que decide en derecho, moderar los efectos de su aplicación.

Atendiendo al derecho suizo, los especialistas entienden que arbitraje de equidad y amigable composición, tienen, según la ley de su país, el mismo sentido. Otros elevándose a un plano del derecho comparado dicen que son cosas distintas y ponen por ejemplo al derecho francés (10). Creo que la diferencia de opiniones se elimina si atendemos a la base sobre la que se asientan. Los primeros se refieren a la ley suiza. Los segundos a la francesa.

La diferencia de concepciones, se articula claramente sobre el tema de si la cláusula arbitral de equidad supone o no necesariamente, lo que se ha llamado "la evicción del derecho positivo". El derecho suizo, según la opinión de sus más autorizados especialistas, atribuye aquí una gran amplitud al arbitraje de equidad. Se entiende por dichos autores que la cláusula de equidad ejerce un poder de evicción del derecho estatal, análogo al que irradian las cláusulas que hacen referencias a los principios del derecho, a la "lex mercatoria" o al derecho transnacional (11). A. Bucher afirma rotundamente, que la autorización conferida a los árbitros, para resolver en equidad, implica la toma en consideración de los principios generales del derecho internacional y de los usos del comercio internacional.

Esta opinión es desarrollada con precisión por Lalive, que afirma que "una verdadera cláusula de equidad autoriza en efecto, a diferencia de la amigable composición a la francesa, al árbitro internacional, a resolver, sin estar vinculado por ninguna regla jurídica, interna o internacional, salvo las de orden público transnacional y sin dudar el de cualquier país directamente implicado".

En el contexto de esta opinión, no se entiende que tenga el carácter de instituyente de un arbitraje de equidad, la cláusula arbitral en la que se hiciera referencia al derecho transnacional o a la *lex mercatoria*. La noción de equidad inserta en la cláusula arbitral, lleva consigo según el derecho suizo, la absoluta independencia del árbitro de cualquier sistema normativo, incluso del constituido por los principios generales, o el derecho transnacional, o la *lex mercatoria*, porque estos sistemas jurídicos como los de derecho positivo, son incompatibles con la función esencial de la cláusula de equidad, que consiste en buscar la justicia del caso particular, según criterios extrajurídicos.

Hemos podido precisar aquí el distinto alcance de la cláusula arbitral de equidad, según el derecho francés y el suizo. Por ello puede afirmarse fundadamente que el árbitro autorizado para resolver en equidad ("Ermächtigt nach Billigkeit") disfruta en Suiza de una mayor libertad de la que corresponde al amigable componedor según el derecho francés, aunque quede vinculado por las cláusulas del contrato y por las reglas de orden público de los países directamente afectados por la controversia y por el orden público transnacional (12).

III. Si es invocable la norma de derecho en el arbitraje de equidad.

A) Existe otro punto sobre el que los sistemas jurídicos mencionados están en colisión. La cuestión controvertida hace referencia a si la cláusula que instituye el arbitraje de equidad, atribuye a los árbitros una facultad o más bien les impone una obligación estricta.

El Tribunal de París trató del tema en un caso en el que los árbitros de equidad decidieron conforme a derecho y sin hacer referencia a la equidad. Dicha Corte declaró que en tales casos los árbitros habían sido necesariamente movidos, al apreciar la existencia de fuerza mayor, tanto por la regla de derecho como por el sentimiento de equidad (S 25.7.1985. Asunto PAEC c. SGN). Por ello se excluía que el juez comprobase si habían cumplido su misión. Lalive ha criticado vigorosamente esta sentencia que estima no puede ser aplicada al arbitraje internacional y sólo al arbitraje interno francés porque las partes al pactar un arbitraje de equidad o de amigable composición ha querido obtener algo distinto de un arbitraje en derecho, y esta unificación de dos instituciones hecha por el Tribunal francés equivale a vaciar el arbitraje de equidad que debe conservar su puesto en el arbitraje internacional (13).

B) La doctrina y la jurisprudencia italiana, afirman que el desconocimiento de la voluntad de las partes, en cuanto a la competencia, origina la nulidad del laudo. Por ello si las partes confiaron al árbitro una controversia, a fin de que fuese resuelta en equidad o en derecho, el laudo queda viciado si no resuelve del indicado modo. Ello es particularmente exigible en el arbitraje comercial internacional. Es relevante la sentencia de la Casación italiana de 11 de Abril de 1983 en la que se declara que tales supuestos "constituyen una violación de los límites fijados por el convenio arbitral a la propia "potestas iudicandi" (de los árbitros), impugnables por sí mismos, y sin que fuese necesario alegar específicas violaciones de determinadas normas de derecho (14).

Este criterio ha terminado por triunfar incluso en el derecho inglés, en virtud de la modificación introducida por la Arbitration Act de 1979. En esta y por la vía de la renuncia a la apelación concertada por las partes se admite instituir la amigable composición. Si el árbitro desconoce la voluntad de las partes, ello permite invocar el exceso de autoridad y la anulación del laudo (to set aside the award). Ya veremos después las dificultades de este sistema jurídico).

C) Este motivo de impugnación del laudo, puede sistematizarse de diversas formas. Determinados ordenamientos tienen formulaciones amplias del exceso de poder de los árbitros; otros al carecer de aquella vía permitirán no obstante la impugnación sobre base del "error in procedendo". Flavia Latanzi sostiene este criterio y coincidiendo con la opinión de Lalive mencionada antes en este apartado entiende que en aquellos casos intermedios en que no existen en los motivos generales relativos a la impugnación del exceso de poder de los árbitros, sino motivos concretos y taxativos del mismo, el mencionado vicio de nulidad, se incluye en la incompatibilidad del laudo con el orden público. Tal es el caso del derecho suizo. En este el único motivo de exceso o defecto de poder que la ley articula es el que se refiere a la competencia objetiva del árbitro, y como único vicio de forma la violación del principio de contradicción. Por ello ha de acudirse al motivo que funda la nulidad del laudo en la infracción de las normas de orden público (15).

La cuestión queda a mi entender suficientemente tratada. Se precisa así nitidamente un criterio de respeto a la voluntad de las partes. No puede resolverse en Derecho cuando las partes han acordado que se resuelva en equidad la controversia. No puede resolverse en equidad cuando las partes han acordado que se resuelva en Derecho.

D) En los casos de ausencia de declaración de voluntad expresa de las partes, la ley suple el silencio interpretando la voluntad común de aquellas. En cualquier otro caso se resuelve la cuestión según las reglas de interpretación de los contratos.

Más esta consecuencia que parece razonable a primera vista, ha de ser limitada:

no significa que el derecho positivo y la equidad queden separados y confinados dentro del ámbito objetivo de cada una de las clases de arbitraje antes explicadas. No es así. La doctrina entiende que en tales arbitrajes pueden emplearse razones o métodos propios del arbitraje que se consideraba inicialmente como antagónico. O lo que es lo mismo, que en el arbitraje de derecho puede usarse la equidad dentro de ciertos límites, y que dentro del arbitraje de equidad, pueden buscarse razones para justificar o fundar el laudo en el derecho positivo.

E) Estamos en un terreno fronterizo que teóricamente puede entenderse como lugar de enfrentamientos y choques o como territorio sobre el que puede pactarse un entendimiento que haga progresar el arbitraje. Felizmente esta idea es la que triunfa.

La cuestión, planteada en otros términos, equivale a definir si existen relaciones entre el derecho y la equidad en el arbitraje internacional. Es decir si ciertos criterios equitativos forman parte del derecho o son ajenos al mismo.

Se ha observado con acierto, que en las relaciones comerciales internacionales, existe una gran necesidad de que la aplicación del derecho produzca un resultado equitativo para ambas partes de la controversia (16). Si tales condiciones no se dieran, el comercio internacional desaparecería, y las consecuencias serían la recesión y la pobreza para muchos países. Se ha dicho que los operadores del comercio internacional se muestran mucho más preocupados por riesgos de cambio de circunstancias, que por la estricta aplicación de su acuerdo inicial, y que la estabilidad contractual reposa, tanto sobre el principio "rebus sic stantibus" que sobre el de "pacta sunt servanda". Así lo dijo hace tiempo Fouchard (17).

Si atendemos a la realidad de la vida podremos concluir que los árbitros, al intervenir en controversias comerciales de carácter internacional, buscan un camino que les permita alcanzar una resolución más acorde con el carácter específico de la misma, a fin de poder llegar a un resultado más equitativo. Por ello se refieren en ocasiones a los principios generales del Derecho o a los principios de la "lex mercatoria". Ello lleva consigo la necesidad de calificar si las sentencias se fundan en Derecho o en equidad y aplican los métodos adecuados.

F) La jurisprudencia arbitral internacional nos ofrece dos resoluciones que ilustran esta cuestión.

Se trata de los laudos emitidos por dos "Comites ad hoc", en el ámbito del Centro internacional previsto en el Convenio de Washington de 1965, para la solución de controversias en materia de inversiones respecto de dos casos conocidos por los nombres de

AMCO y KLOCNER. Se trata de dos laudos "secundum ius" que son analizados por el Centro en virtud de reclamación.

Por el primero se sostuvo que las consideraciones equitativas podían formar parte integrante del propio derecho aplicable, o ser desarrolladas por el Comité, solamente "obiter", en el contexto de una decisión conforme al derecho. Pero seguidamente se añade que la manifestación expresa de que el Tribunal no tiene competencia para resolver "ex aequo et bono" no excluye que en realidad el Tribunal no hubiera decidido conforme a ella y que por tanto debe comprobarse.

Ello no quiere decir que las declaraciones sobre intenciones no valen sino en cuanto las conductas, de quienes las formulan, sean consecuentes con aquellas. En el caso el Comité excluyó la posibilidad de aplicar la equidad, pero luego se perdió en una serie de motivaciones extrajurídicas olvidando alguna norma jurídica directamente aplicable conforme al Convenio de Washington citado (art. 42 del mismo). En consecuencia se anuló la sentencia arbitral por exceso de poder porque no resolvió "secundum ius" y por falta de motivación.

El el segundo caso —Klockner— en el marco de un arbitraje "secundum ius", el Comité "ad hoc", declaró en su sentencia que el Tribunal arbitral al definir la obligación de la sociedad, "of full disclosure to a partner", había hecho una mera referencia a la equidad, como pudiera hacerlo un amigable componedor, pero al decidir, se salió de la estructura que el derecho le señalaba (concretamente el artículo 42 del Convenio de Washington) y aplicando conceptos que consideró equitativos, actuó en este caso como un verdadero amigable componedor, lo que no debe confundirse con aplicar razones equitativas en un arbitraje de derecho. En consecuencia la sentencia había incurrido en el vicio de exceso de poder por resolver directamente atendiendo a motivos de equidad.

Agudamente Latanzi señala que se ha admitido por ello que "las consideraciones equitativas pueden formar parte del derecho excluyendo por otra parte que el laudo (secundum ius) pueda fundarse exclusivamente en principios extrajurídicos" (18).

Esta doctrina que a un jurista español no sorprende atendido el artículo 3.2. de nuestro Código civil (19) ha sido ratificada por la jurisprudencia arbitral de los Tribunales estatales. Podemos citar varios ejemplos.

a) La Sentencia del Tribunal de Grande Instance de París de 4.3.1981 dictada en el asunto NORSOLOR. Aquí como los árbitros aplicaron la ley designada por la regla de conflicto que consideraron apropiada, conforme al reglamento de la CCI, y que eran en el caso los principios generales de las obligaciones, aplicados generalmente en el comercio

internacional, consideraron que se había identificado válidamente la regla jurídica aplicable, y sin que el empleo de la palabra equidad en sus razonamientos pudiera variar la realidad expresada de que se aplica una regla jurídica que además podía satisfacer a la equidad.

b) La Casación italiana ha declarado a la equidad como fuente de integración del derecho. El recurso de los árbitros a la misma, es válido aún en los arbitrajes de derecho (Sección I 10.3.1982 nº 1536 Com. Roma c. Casa Cura Villa Domelia).

Se confirma así una doctrina acertada y congruente pues la equidad al menos en su versión legal, la *equitas minor* —como veremos— es un elemento esencial en la aplicación del derecho positivo.

IV. La "lex mercatoria".

A) Ahora bien, el asunto NORSOLOR tenía otra vertiente. No era sólo el problema de las relaciones entre derecho y equidad. Se trata de la naturaleza de la regla jurídica aplicada, es decir los principios generales de las obligaciones comúnmente aplicados en las relaciones comerciales internacionales. Esto es lo que se designa la "lex mercatoria". Sobre esta materia ha habido gran número de resoluciones de Tribunales estatales de Francia y de Austria. Fue definitivamente resuelto el caso por la Corte Suprema de Viena que aprobó la sentencia arbitral pero excluyendo que los árbitros al aplicar la *lex mercatoria* hubiesen decidido en equidad.

En consecuencia, ha de admitirse que la "lex mercatoria" está constituida por principios jurídicos. Por tanto puede ser aplicada en un arbitraje de derecho sin incurrir en el vicio de exceso de poder. La *lex mercatoria* se conoce medio por medio de los usos comerciales. No se trata por tanto de principios equitativos o extrajurídicos, sino de principios jurídicos, vigentes en las relaciones del comercio internacional en la que se introducen por la fuerza vinculante de la reiteración de prácticas.

Esta doctrina ha sido confirmada por la jurisprudencia francesa no sólo en vías de recurso de nulidad contra sentencias nacionales sino también en la ejecución de laudos extranjeros.

La jurisprudencia suiza, italiana, austríaca, sueca y alemana se han adherido a este criterio (18).

B) En ocasiones, y por cerrar el círculo de cuestiones, el derecho positivo se remite a la equidad expresamente. Así ocurre en los casos de indemnizaciones por expropiación, nacionalización y análogas. En ellos el árbitro de derecho está obligado a resolver en equi-

dad los puntos concretamente determinados. Pero entiendo que en este caso, no es la "aequitas minor" integrada en el ordenamiento jurídico y que corrige sus resultados no equitativos. Se trata de la "aequitas maior", es decir, la que funda de sí, y con carácter autónomo la resolución que se dicta, sin tener que referirse necesariamente a ningún precepto jurídico. (19).

V. Si es invocable en el arbitraje de equidad alguna norma de derecho.

A) Nos queda ahora por estudiar otra posibilidad de caso de las relaciones entre arbitraje "secundum ius" y arbitraje "secundum aequitas". Es justamente el caso contrario al ya estudiado.

La cuestión consiste en determinar si el arbitraje de equidad excluye la aplicación de cualquier norma o regla jurídica (2).

La jurisprudencia francesa ha entendido, que la atribución de las facultades de amigable componedor, supone las de dispensar a los árbitros de la aplicación estricta de las reglas jurídicas, pero que el Tribunal arbitral tiene la facultad de referirse a tales reglas, en la medida en que las considerase adecuadas para dar a la controversia la solución más justa (Tribunal de Apelación de París S. de 15.3.1984. Rev. de l'Arb. 1985 pág. 285).

Aquí se establece la medida en que los árbitros de equidad pueden invocar al derecho positivo. Se trata de una aplicación en la medida en que se obtenga la solución equitativa del caso. Si ello no es así, no es lícita la invocación o aplicación del derecho positivo y se produciría un exceso de poder.

Los Tribunales italianos han negado la posibilidad de que el árbitro de equidad pueda "a priori" decidir conforme al derecho positivo, inhibiéndose de verificar la coincidencia del mismo con la equidad.

Han señalado magistralmente que equidad es el poder de desviarse del rigor del "summun ius", en atención a elementos particulares, circunstancias y situaciones, no consideradas o no estimadas influyentes, por el derecho, ya fuere por la generalidad y carácter abstracto de la norma, ya por la inadecuación de la misma, respecto de nuevos fenómenos de la vida, ya sea por el contraste posible entre la norma y razones de moralidad (21).

B) Con esta doctrina, matizada, estoy personalmente conforme y creo que el fin del arbitraje de equidad es conseguir una solución equitativa de la controversia. Si este fin se alcanza por medio de la aplicación de una norma positiva, pero invocada o traída a cuenta por razón distinta a las de su vigencia, sino por la de su intrínseca cualidad equitativa, se cumple la voluntad de las partes. Es el modo o manera de aplicar la norma el que

caracteriza al arbitraje de equidad. Si se hace del modo apuntado, no se traspasan los límites del arbitraje de equidad, ni se comete un exceso de poder. Las valoraciones de normas que desde el punto de vista de la equidad se hagan por los árbitros, pueden referirse a las normas positivas (22).

Notas

- (1) David (R) L'arbitrage dans le commerce international. En el mismo sentido. Casación civil francesa S 16.XII.1964 D. 1965 pág. 96.
- (2) De Boissésou. Le droit français de l'arbitrage interne et international. Paris. 1990, nº 345, pág. 298. Este autor niega que la equidad se utilice como un instrumento de aplicación de las reglas del derecho con el pretexto de que "lo jurídico no es apto para obtener soluciones equitativas". Atribuye a la equidad el carácter de un fin, que el árbitro trata de alcanzar. Se refiere a la Sentencia del Tribunal de París de 4.2.1966 (Rev d'arb 1966, pág. 27) orientada en este sentido, y alega que la jurisprudencia francesa ha declarado que no existe obligación de hacer referencia a la equidad en la sentencia arbitral. París 1ª supp. 28.4.1988 y 20.2.1989.

A fin de encuadrar estas afirmaciones en sus propios límites, diré que entiendo debe interpretarse, en el sentido de que la sentencia dictada en equidad, es válida, aunque no diga expresamente que usa de la misma, pero siempre que del "iter" seguido por los árbitros resulte claramente que se trata de un arbitraje de esta clase. En definitiva, se trata de una jurisprudencia "esencialista" y no "formalista", que niega sea requisito indispensable el expresar que se está actuando en equidad. Ahora bien para aplicar esta doctrina es necesario que se use de la equidad y que esta constituya el fundamento de la sentencia. Si no se conociera esto, no podría determinarse si los árbitros han respetado la cláusula arbitral o no, y este último caso si han incurrido en el vicio de "exceso de poder" o de "error in procedendo". Debemos tener en cuenta que según el derecho positivo francés todas las sentencias arbitrales —incluso las de equidad— deben ser motivadas, en cuanto se pronuncien en vía de arbitraje interno, según el artículo 1471 del Nouveau Code de Procedure Civile. Pero esta regla no se aplica, con carácter necesario, al arbitraje internacional, porque el artículo 1495, del referido Código, ha relajado su fuerza, y lo ha convertido en derecho supletorio, aplicable solo, cuando las partes no han dispuesto otra cosa. Por tanto se puede pactar que la sentencia arbitral internacional no esté motivada. En tal caso para utilizar el motivo de nulidad nº 3 que el artículo 1484 del NCPC contiene, es decir el originado cuando el árbitro ha resuelto en desacuerdo con la misión que le hubiere sido conferido, es necesario comparar el fallo con la cláusula arbitral y con el contrato a fin de precisar si han existido "exceso de poder" o "error in procedendo".

Más importa recordar aquí, que el control de los motivos en el caso de que fueren expresos, se refiere sólo a su pertinencia, es decir a la relación lógica entre cada punto de la sentencia y sus motivos, pero sin que se refiera al valor intrínseco de los mismos (Casación com. 9.1.1979 Rev. Arb 1979 pág. 468 y sgtes).

Una vez considerado este argumento jurisprudencial como coadyuvante de la opinión del autor citado, diré también que a mi entender, la razón principal invocada por el autor citado me parece reposa sobre unas razones meramente teóricas.

No se puede desconocer, en efecto, que la equidad es un fin que debe alcanzarse en cuanto sea posible en la sentencia, pero es asimismo un medio, o más bien, un sistema de medios o instrumentos, con los que puede hacerse un análisis críticos de la controversia, desde un plano superior al propio del derecho positivo. Estos instrumentos son las bases indispensables de la equidad considerada como Justicia suma.

- (3) De Boissésou. Ob cit. pág 299. Entiendo que esta afirmación debe encontrar su complemento, moderación o encuadre, en el contexto en que dicha superación del derecho positivo puede ejercerse. La equidad debe alcanzarse a través de las cláusulas del contrato que las partes hayan celebrado y no puede procederse a la llamada "desnaturalización" del contrato, según la doctrina y jurisprudencia francesa. Ya precisaremos más adelante la evolución de ambas, respecto de este principio, que tiene como todos su contrapeso o equilibrio, y que permite moderar o corregir las consecuencias inicuas resultantes del ejercicio de los derechos que tienen su origen en las cláusulas contractuales. Aquí, en una etapa de gran progreso del régimen arbitral, fundado en la equidad, se ha distinguido entre el texto de las cláusulas y los derechos originados en las mismas y su ejercicio.
- (4) Loquin. L'amiable composition en droit comparé et international. Librairies Techniques, pág 54/55. 1980; Carbonier Flexible Droit pág 293.
- (5) Loquin. Ob cit. pág. 55.
- (6) Loquin. Ob cit pág. 343. Lalive Poudret y Reymond. Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse. Payot. Lausanne 1989 pag. 403. donde recoge la opinión de Jolidon que dice que hablar en Suiza de amigable composición es usar una expresión extranjera por la que se designa erróneamente el arbitraje de equidad.
- (7) Artículo 187 de la Ley Federal sobre el derecho internacional privado de 18.XII. 1987 (Suiza) a cuyo tenor "las partes pueden autorizar al árbitro a resolver en equidad".

- (8) La posición del árbitro en cuanto al procedimiento es la de sujetarse a lo prescrito en la cláusula arbitral, o en el reglamento arbitral aplicable por designación de las partes, o a las reglas procesales que el mismo adoptare en caso de habersele conferido tal libertad sin que cualquiera de estas normas procesales puedan ser excluidas por la existencia de una cláusula de equidad.
- (9) Lalive "et alii" Obra cit. páginas 173 y 395.
- (10) Jolidon; Recueil des travaux suisses sur l'arbitrage international, Edicion Reymond et Bucher. Zurich 1984.
- (11) Lalive Poudret y Reymond, ob cit, pág 402 donde cita a Anton Bucher. Arbitrage international, Basilea y Francfort 1988 página 110. Este autor afirma: "La autorización para resolver en equidad implica el tener en cuenta a los principios del derecho trasnacional y a los usos del comercio internacional".
- (12) Lalive, Poudret y Reymond, ob citada pág. 401. Aquí afirman los autores que el arbitraje de equidad, según el sistema suizo, desligado del derecho, incluso en sus norma imperativas, es algo distinto a la amigable composición del derecho francés que en general, permite tan sólo al árbitro que resuelve en derecho, moderar los efectos de la aplicación de este último.
- (13) Lalive "et alii" ob ci. pág. 403.
- (14) Latanzi; Flavia. L'impugnazione per nullità dell'arbitrato commerciale internazionale. Luiss Giuffré. Milán 1989, pág. 257.
- (15) Idem, pág 258.
- (16) Latanzi, Flavia. Ob cit. pág. 259.
- (17) Latanzi Flavia. Ob cit pág. 259 nota 48. Donde cita a Fouchard en nota a S. Casacion 16.6.1976. Clunet 1977 pág 671 y sgts.
- (18) Latanzi; Flavia. Ov cit. pág 260.
- (19) La distinción en nuestro Código Civil entre la equidad como instrumento de aplicación de las leyes (aplicación es concepto equivalente a la interpretación) y como fuente de derecho emerge claramente del texto del artículo 3.2. de aquél. La primera llamada por mi "equidad menor" está dentro del sistema del derecho positivo, y coexiste con este y con otros métodos interpretativos enunciados en el párrafo 1 de tal artículo.

La segunda llamada por mí "equidad mayor o máxima" es ajena al orden jurídico positivo —pero no necesariamente contraria en todos los casos pues el derecho puede llevar en algunos casos a soluciones justas desde un punto de vista superior al de la norma positiva— y se convierte en fuente autónoma de principios y reglas aplicables a la solución de controversias. Su aplicación depende de que una ley expresamente se remita a ella.

- (20) Aquí se corrige una orientación eventual de la jurisprudencia menor italiana según la cual el juicio de equidad estaría constituido por una premisa mayor, totalmente conforme al derecho, de la que debería obtenerse una consecuencia en el orden de equidad.

la jurisprudencia que se cita en el texto formula una doctrina mucho menos rígida.

- (21) la Casación italiana ha reiterado "que los árbitros de equidad pueden aplicar el derecho estricto todas las veces que consideren que el mismo coincide en el caso concreto con la equidad, pero los árbitros de equidad no tienen el poder de decidir "a priori" sobre la base del derecho estricto inhibiéndose de comprobar la coincidencia entre derecho y equidad". Cas 25.5.1981 n° 344. (Giacalone v. Avvocato). Se configuran aquí al derecho y a la equidad como dos ordenamientos jurídicos coexistentes y en parte coincidentes, de los cuales el segundo (la equidad) es más grande y contiene dentro de sí al primero que es más pequeño".
- (22) No es admisible el recurso de nulidad fundado en un error "in iudicando" cuando se trata de un arbitraje de equidad. Los árbitros de esta clase no están vinculados en la formación de su juicio... a la rigurosa observancia de las reglas del derecho objetivo, teniendo facultad de recurrir a criterios, principios y valoraciones de prudencia y de oportunidad que resulten más adaptadas y más equitativas según la propia conciencia, para la resolución del caso concreto. Cas. 21.6.1985 n° 3725.

VI. El control de la sentencia de equidad. El sistema francés y el suizo.

A) La antigua cuestión relativa al control de los Tribunales sobre el arbitraje adquiere una especial matización cuando se trata de la amigable composición, conforme al derecho francés.

El carácter distintivo de esta clase de arbitraje implica la existencia de un poder moderador en los amigables compondores, que les permite no sólo separarse del derecho estricto por razones de equidad, sino incluso de las cláusulas del contrato, ejerciendo sobre las consecuencias del mismo una función de moderación que es inherente a su carácter esencial que tiende a un resultado de conciliación (S. París 15.3.1984. Rev. arb. 1985. pág. 285).

La doctrina señala que esta facultad es esencial para la existencia de la amigable composición. Si no existiere, la aplicación "mecánica" de las estipulaciones del contrato no podrían llevar a lo que las partes desean, es decir a una solución justa del contrato. Ello supondría negar la existencia del arbitraje de equidad.

La naturaleza de este poder moderador del amigable componedor, por su esencia, por sus métodos y por sus fines es difícilmente reconducible a un cauce procesal como el del recurso de nulidad, que está pensado para sancionar infracciones graves de preceptos expresos o determinados principios generales. Unos y otros son enunciados por las leyes de cada país.

Al margen de esta zona cortical, el núcleo del poder del árbitro de equidad no es controlable en sus métodos y sus resultados. Lo que puede controlar el Tribunal estatal es que de verdad se ha realizado un arbitraje de equidad, y no se trata de un simulacro para encubrir una arbitrariedad o injusticia. Por ello los Tribunales franceses haciéndose eco de una doctrina muy extendida han pronunciado resoluciones en las que se afirma que los Tribunales de Justicia sólo pueden controlar si existen o no fundamentos de equidad en la sentencia y que son pertinentes al caso concreto. No pueden enjuiciar el valor intrínseco de aquellos (París; Apelación; 1ª supp. 5.2.1976). El Tribunal de Justicia no puede revisar la Sentencia arbitral en lo sustancial. En lo que debe fijar su atención es en la existencia de relación lógica entre los motivos y la parte dispositiva (París 17.3.1964 Rev. Arb. 1964. pág. 127).

B) Como el poder moderador de los árbitros se refiere no sólo al derecho estricto, sino además al contrato concertado por las partes, y del que surge la controversia a resolver, por las mismas razones expuestas, se ha admitido que los amigables componedores o los árbitros de equidad pueden y deben separarse del texto contractual y ejercer una función correctora o moderadora de los derechos de las partes que surgen de las estipulaciones contenidas en aquel cuando ello fuere necesario.

En la doctrina del arbitraje interno francés se impone al árbitro la obligación de respetar el contrato. Cuando este en su resolución lo desconoce, incurre en el vicio "llamado de desnaturalización" de las cláusulas contractuales, que implica la violación del artículo 1134 del Código civil francés que proclama el principio de obligatoriedad del contrato entre las partes.

Esta limitación propia del arbitraje de derecho se impuso en una primera época también a la amigable composición. Tal criterio se expresó de un modo absoluto en el asunto Dame Krebs (S de Casación civil 1ª de 16.6.1976 Rev arb. 1977; pág. 269 y sgtes.). En virtud de una evolución doctrinal que no voy a precisar aquí pues se trata de ello en otra

parte de este capítulo, esta doctrina reduccionista, ha sido totalmente contradicha y el propio Tribunal de Casación francés con una redacción barroca, ha declarado que "si la apelación por razón de nulidad dirigida contra una sentencia arbitral es excepcionalmente admisible, a pesar de todas las cláusulas de amigable composición o de renuncia a la apelación, cuando tiende a que se pronuncie la nulidad de la sentencia por razón de la violación por los árbitros de las reglas que refieren al orden público o a los derechos de la defensa... Esta excepción no se extiende a la desnaturalización de los documentos sometidos a los árbitros" (Sentencia Casación Civil 2ª 17.11.1976; Rev Arb 1977 pág. 281; Sentencia del mismo Tribunal de 11.12.1979 Bull, civ. I 313 pág 255).

La conclusión a obtener de la lectura de este mensaje algo hermético y formulado en términos negativos y meramente procesales, es que no constituye ni violación de orden público, ni de los derechos de la defensa el ejercicio del poder moderador de los árbitros respecto de los derechos nacidos del mismo, a lo que se sigue tachando de "desnaturalización", aunque se priva a este concepto (mal traído en el riguroso orden de las ideas, a mi entender) de toda consecuencia en orden a la impugnación por nulidad del laudo.

El examen de la jurisprudencia posterior nos revela que este reconocimiento del poder de moderación del árbitro no implica que puedan destruir el contrato en el ejercicio de aquella facultad. Aún más la jurisprudencia ha definido que el poder citado consiste en ajustar o moderar los derechos nacidos del contrato, de excluir las consecuencias de la aplicación estricta de las cláusulas de aquel, para encontrar la solución justa, pero sin modificar la economía del pacto (Sentencia 6.5.1988. Tribunal de París; Rev arb 1989; pág. 663). De aquí ha obtenido De Boisseson una luminosa razón al decir que "desde ahora las facultades del amigable componedor se ejercen sobre el conjunto o sistema de los derechos contractuales". Se niega ahora que una interpretación del contrato coherentemente fundada en motivos de equidad sea desnaturalización del contrato.

C) Para completar estas observaciones, en las que tratamos del efecto sustantivo que alcanzan las reglas de derecho procesal, cuando establecen los motivos en los que se pueden fundar los recursos contra los laudos de amigables componedores, diré que conforme al derecho francés y en oposición con lo establecido para el arbitraje de derecho, no existe recurso de apelación contra el laudo de los amigables componedores, si las partes no se han reservado expresamente esta facultad en el convenio arbitral. La lógica de la institución lleva a la presunción legal de que las partes, si no dicen otra cosa, desean y entienden que la resolución del amigable componedor sea irrecurrible. Esta regla del artículo 1482 del NCPC se completa con otras dos que a continuación expongo.

La primera —comprendida en el artículo 1483— prescribe que la vía de la apelación es utilizable para obtener la reforma de la sentencia arbitral o para su anulación. El

Juez de apelación resolverá como amigable componedor cuando el árbitro tuviere atribuida esta misión.

La segunda de las citadas reglas contenida en el artículo 1484, dispone que para los casos en los que no fuere utilizable la vía de la apelación por cualquiera de las razones que allí se expresan puede interponerse un recurso de nulidad de la sentencia arbitral, a pesar de toda estipulación en contrario y por los motivos que en su texto se establecen. Estos motivos afectan a la forma y al fondo del arbitraje. Respecto de estos últimos, la nulidad puede ser pronunciada en los siguientes casos: a) Si el árbitro ha decidido sin atenderse a la misión que le ha sido conferida; b) Si el árbitro ha violado una regla de orden público. (Casos 1º y 6º).

El ejercicio del poder moderador arbitral que no roce estos límites conforme a lo antes dicho en este apartado puede ejercerse libremente.

En cuanto a las cuestiones de forma la nulidad puede pronunciarse: a) Si el árbitro ha actuado sin que existiere convenio arbitral o si este fuere nulo o hubiere caducado; b) Si el Tribunal arbitral estuviere compuesto irregularmente o el árbitro único hubiere sido designado también irregularmente; c) Cuando el principio de contradicción no hubiere sido respetado; d) cuando no se hubieran respetado los requisitos de forma impuestos a la sentencia arbitral por el artículo 1480 del CNPC (casos 2º, 3º, 4º y 5º de dicho precepto)

El Tribunal de Justicia ante el que se interpusiere un recurso de nulidad y decidiera anular la sentencia arbitral, resolverá sobre el fondo dentro de los límites de la misión encomendada al árbitro, salvo que las partes de común acuerdo interesaren lo contrario. He aquí una vía de evitar el arbitraje judicial y al que antes hemos hecho referencia, y mantener viva la posibilidad de iniciar conforme al mismo convenio arbitral, si no es nulo o no ha caducado, un nuevo procedimiento arbitral.

D) Quedan dos cuestiones más para definir el campo del arbitraje de equidad en el que pueden ejercerse los poderes de moderación de los árbitros. La primera es precisar la posición del amigable componedor respecto de los usos comerciales. El artículo 1496 del NCPC dispone, con relación al árbitro de derecho, que tendrá siempre en cuenta los usos de comercio y en el artículo siguiente y con separación material o física en el texto que parece corresponder a una distinción conceptual, dispone que el árbitro actuará como amigable componedor, cuando las partes le hubieren conferido esta misión. De ello puede obtenerse, como válida, la conclusión de que el amigable componedor puede eludir los usos de comercio como las reglas positivas de derecho cuando estimase llevar a una solución contraria a la equidad.

La segunda cuestión es la relativa a la obligación de motivar la sentencia o laudo arbitral. En el derecho interno francés así lo impone el artículo 1471 del NCPC, pero en el arbitraje internacional, regido por la ley francesa, este precepto se convierte en regla supletoria aplicable sólo cuando las partes no han acordado otra cosa. No cabe duda que de esta manera se dificulta, si no se impide, el análisis de los motivos del laudo.

El incumplimiento de la obligación de motivar la sentencia ha dado lugar a diversas resoluciones importantes y a posiciones doctrinales contrapuestas. Haré una breve reseña de ellas debiendo señalar que estamos ante resoluciones y criterios específicos y no parece exista la doctrina unificada, ante el incumplimiento de la obligación de motivar las sentencias de algún sector de la doctrina propugnó se considerase como lesión del orden público. La respuesta del Tribunal de Casación francés fué rotunda pues en 18.3.1980 declaró que "la ausencia de motivos, no es por si misma contraria al orden público, según el derecho internacional privado francés, pues el mutismo de la sentencia no disimula una solución de fondo incompatible con el orden público, o una lesión de los derechos de la defensa". Lo que parece decir tan escueto pronunciamiento es que cuando no existen los dos vicios apuntados como parece ocurría en el caso, el defecto de motivación no adquiere relevancia, cuando además concurría el dato de que la ley aplicable permitía dispensar tal exigencia de motivación.

En dos sentencias del Tribunal de París, en las que resuena el eco de la tradición jurídica de no fundar o no motivar las sentencias arbitrales internacionales, se ha matizado más la doctrina diciendo que "por si sólo el defecto de motivación aludido no supone una infracción del orden público internacional (Sentencia de 22.1.1988). Además se ha declarado por el mismo Tribunal, que tratándose de arbitraje internacional, regido en materia de procedimiento, por una ley extranjera, la falta de motivación de la sentencia, invocada por la parte apelante, no es por si misma contraria a la concepción francesa del orden público internacional (Sentencia de 13.5.1988).

Donde la doctrina jurisprudencial suena más fuerte es en la sentencia del Tribunal de Casación de 28.4.1980 donde se niega la vía del recurso de nulidad en el caso por estimar que sólo la violación del orden público, o la lesión de los derechos de la defensa, pueden en este campo dar lugar a esta vía de impugnación. Es doctrina reiterada con posterioridad a la vigencia del NCPC.

Sin embargo alguna sentencia posterior ha formulado un condicionamiento de la doctrina al decir que no se puede entender que exista una contradicción de motivos —disconformidad de estos con el fallo— como contraria al orden público internacional, desde el momento en que no se ha demostrado que este procedimiento dependa de una ley que establece la obligación de motivar (Tribunal de París 6.5.1988 Rev arb. 1989, pág 83).

De su texto resulta que si se diere la situación contraria podría admitirse el motivo de nulidad por violación del orden público.

Las opiniones doctrinales son encontradas; la jurisprudencia ha sido muy específica; sin embargo parece se va abriendo un cierto camino a favor de la opinión de que el defecto de motivación cuando la ley aplicable lo exige, puede entenderse como contraria al orden público internacional. No es ajeno a este criterio el hecho de que la necesidad de motivación de las sentencias esté expresado en el Convenio de Ginebra (artículo 7) en la ley modelo de la CNUDCI ó UNCITRAL (artículo 31.2) y en otras varias y en los reglamentos de numerosas Instituciones arbitrales entre las que se cuenta la CCI. No obstante el debate sigue abierto. La verdad es que el arbitraje sin motivación de sentencia sigue siendo una realidad en la práctica del arbitraje internacional.

E) Anteriormente he contrapuesto al sistema francés con el sistema suizo a los efectos de una exposición del tema de este capítulo que pudiera así resultar más integrada. Entiendo debo hacer lo mismo con relación a este apartado sobre el control por Tribunales de la sentencia de equidad según las leyes que rigen el arbitraje en Suiza. Haré las siguientes afirmaciones puntuales para evitar repeticiones:

1º.- El artículo 187 de la Ley Federal sobre el derecho internacional privado de 18 de diciembre de 1987, tiene una referencia a la equidad, que implica una concepción "radicalmente diferente de las reglas de derecho tradicional, incluso las que remiten a la equidad". Tal es la rigurosa observación de Jolidon en el "Recueil des travaux suisses sur l'arbitrage international Zurich pág 265). Para este autor la "equidad legal", forma parte de las reglas de derecho, a diferencia de la equidad a la que se alude en el artículo 187, contraponiéndola como fuente de la sentencia en equidad, a la sentencia que se funde en derecho. La lógica del razonamiento es perfecta. La verdad de su conclusión irrefutable como luego veremos.

2º.- Esta opinión coincide con la mía ya expuesta. Distingo una "aequitas minor" que está vinculada a la ley y es guía para su interpretación y aplicación. Por encima existe una "aequitas maior" independiente del derecho positivo estricto, y constituida por principios de igualdad de trata de las cosas iguales, orientada hacia una visión realista o esencialista, reductora de formalismos inútiles y protectora de la "bona fides" y de la "veritas rerum" y excluyente de posiciones de desigualdad contractual rigurosas y no justificadas y del abuso del derecho.

3º.- Como consecuencia de todo ello resulta que el arbitraje de equidad suizo es —como ya dijimos antes— muy distinto de la amigable composición francesa. El árbitro queda en libertad y separado del derecho positivo, incluso de las disposiciones imperati-

vas que no constituyen el orden público internacional suizo. La concesión de su facultad especial debe hacerse por las partes en el acuerdo o convenio arbitral. Ello implica que el árbitro en cuanto a normas quede autorizado a referirse a los principios del derecho trasnacional y a los usos del comercio internacional respetando las reglas de orden público internacional, trasnacional y el de cualquier país interesado en la controversia.

Por ello se entiende que la referencia a la "lex mercatoria" o a los principios generales del derecho trasnacional, no equivale al arbitraje de equidad. En estos casos ya se impone un sistema de reglas y de derecho que excluyen la esencia del arbitraje de equidad que busca criterios extrajurídicos para resolver equitativamente la cuestión. Lo mismo cabe decir del derecho positivo. Las partes al pactar un arbitraje de equidad esperan obtener una solución completamente distinta de una sentencia según el derecho positivo. Son dos mundos separados.

No caben resoluciones como alguna admitida por la jurisprudencia francesa fundadas al mismo tiempo en la equidad y el derecho positivo.

4º.- La sentencia debe ser motivada, salvo dispensa. Estamos aquí en completa divergencia con el sistema inglés. La tradición de este último sistema jurídico es que las sentencias no tienen que ser motivadas obligatoriamente; si la motivación se comunica a las partes, no forma parte de la sentencia. Desde la reforma de la Arbitration Act de 1979 el Juez puede requerir al árbitro a que comunique la motivación de la sentencia dictada.

Siguiendo una doctrina común a muchos países la obligación de motivar la sentencia no impone al árbitro el deber de pronunciarse sobre cada uno de los argumentos que se le han sometido. La obligación del árbitro es la de justificar, incluso sumariamente, la decisión que pronuncia. Esto afecta a los hechos y a las reglas aplicables. En el caso de arbitraje de equidad a las razones o principios en los que se funda la parte dispositiva del laudo.

La motivación puede ser dispensada. Ello hará quizá más difícil el control de los Tribunales.

5º.- En todo caso la sentencia con motivación o sin ella es recurrible por los motivos que señala el artículo 190 de la ley citada. Los motivos del recurso los podemos clasificar en dos grupos. El primero constituido por motivos de tipo procesal, comprende la designación irregular del árbitro único o la composición irregular del Tribunal arbitral, la asunción o declinación errónea de competencia de un determinado asunto; la resolución "ultra petita" la omisión de resolver alguna petición de la demanda y la de no haber respetado la igualdad de las partes en el procedimiento contradictorio. Hasta ahora como se ve no hay

nada de control sobre el fondo. Ello no quiere decir que los otros motivos no tengan —si se anula sentencia arbitral— una repercusión sobre el fondo. Lo que quiero decir es que no supone un control del fondo del asunto. Este queda reservado al último motivo que contempla el caso de que la sentencia resulte incompatible con el orden público. Este es concebido según el artículo 190 de la ley citada, apartado e), como el orden público externo del ordenamiento suizo o dicho de otra forma es el orden público internacional según la concepción suiza que es completamente distinto de las disposiciones imperativas de orden público interno (Poudret obra citada págs. 427 y sgts.).

6º.- El contenido del orden público puede ser tanto procesal como de fondo. En lo que se refiere al fondo es opinión de la doctrina suiza que se refiere a la violación de los principios fundamentales como son el respeto del contrato, el de la buena fé, la prohibición del abuso del derecho o de medidas discriminatorias. Se requiere para ello que la parte dispositiva de la sentencia sea, por sí misma contraria al orden público. Si sólo lo fueran todos los motivos o algunos de ellos, pero no el pronunciamiento dispositivo, el Tribunal ante el que se interpusiera el recurso de nulidad puede sustituir los motivos del árbitro rechazables por estas razones y por los suyos propios. Esta doctrina se aplica a los casos en que los árbitros aplican un derecho distinto del designado por las partes, o cuando sustituyen a la equidad por el derecho o viceversa. No se declara la nulidad de la sentencia si el contenido de su parte dispositiva de la sentencia no conduce a un resultado realmente distinto del que procedería según el derecho vigente. (Poudret; ob. cit. pág 431).

7º.- El recurso de nulidad se interpone ante el Tribunal Federal y se tramita según las reglas que la Ley de organización judicial establece para los recursos de derecho público. La sentencia tiene un mero carácter de casación o anulación. Una vez dictada el Tribunal remite los autos al Tribunal arbitral para que dicte nueva sentencia de acuerdo con lo establecido en la sentencia de anulación. Hay una excepción a esta regla que procede aplicar cuando el recurso de nulidad plantea cuestiones que afectan a la competencia del Tribunal arbitral o a la recusación de los árbitros. Es estos casos, la sentencia es tanto "iudicium rescindens" como "iudicium rescisorium" y el Tribunal Federal dicta sentencia sobre el fondo.

Hay una especialidad en este procedimiento. Las partes pueden pactar que el recurso de nulidad sea resuelto por el Tribunal de Justicia de la sede del Tribunal arbitral que dicta la sentencia. Otra especialidad del recurso es que si las partes no tienen domicilio, residencia habitual ni establecimiento en Suiza pueden pactar, en el convenio arbitral o en un documento posterior, la exclusión de todo recurso contra la sentencia del Tribunal arbitral. También pueden excluir algunos de los motivos enunciados en el citado artículo 190. Puede concluirse aquí destacando la restringida función de control que sobre el fondo del arbitraje tienen los Tribunales de Justicia en Suiza. Si a ello agregamos el régimen especial de los

árbitro de equidad en orden a su independencia de las leyes incluso imperativas, salvo el respeto a las normas de orden público externo internacional suizo, podremos comprobar la extraordinaria apertura de la institución que hemos tratado de caracterizar en estas notas.

F) Una cuestión final. Se trata de saber si el "error in iudicando" o si se quiere el exceso de poder del árbitro de equidad puede ser motivo de impugnación del laudo de esta clase.

La cuestión ha movido muchas ideas. El artículo 36.f del Concordato intercantonal suizo permite recurrir en nulidad contra el laudo por razón de "violación evidente del derecho o la equidad". Este precepto al abrir un portillo para el examen de fondo de los arbitrajes de equidad, fué muy criticado por la opinión internacional. Desde este punto de vista fué considerado un obstáculo por cuanto supone que las sentencias extranjeras, cuya ejecución se solicitare en Suiza, se verían sometidas a un examen o control judicial que no estaba previsto en los Convenios Internacionales. Por ello cuando se promulgó la nueva ley suiza de Derecho internacional privado de 18 de Diciembre de 1987, desapareció este "control de la arbitrariedad" como era llamado por los especialistas y sólo las desviaciones máximas que contradigan el orden público internacional de Suiza, podrán abrir una vía de impugnación por el concepto mencionado incluido en el artículo 190 de dicha Ley.

La Casación italiana había negado la posibilidad de recurrir por error "in iudicando" o del laudo de equidad. S. de 21.6.1985 nº 3725 Soc Giannini c. Soc Tecnicoop de acuerdo con el texto del artículo 829.2 de su C.P.C.

En la jurisprudencia francesa anterior al NCPC la situación era especialmente incierta. El Tribunal de Apelación de París admitía el vicio de desnaturalización; el Tribunal de Casación lo desechaba, incluso en el arbitraje interno (Flavia Latanzi ob cit. pág 274). Al entrar en vigor el nuevo Código se unificaron los motivos de impugnación del arbitraje internacional tramitado en Francia con los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros incluyendo el de la no conformidad del laudo con el orden público internacional. La Casación francesa ha excluido de modo categórico, del artículo 1502 NCPC, "un error de apreciación de los árbitros incluso si se considerase manifiesto y que afecte el fondo mismo de la sentencia". Por ello resolvió que al rechazar por tal motivo el reconocer como ejecutiva en Francia una sentencia extranjera, el Tribunal de Apelación, ha violado los principios del arbitraje comercial internacional. Estos datos se refieren al arbitraje de derecho y se citan para comprobar como respecto del arbitraje de equidad sólo existen como motivos de impugnación los relativos a los aspectos procesales del arbitraje que se consignan en las leyes y los que permiten impugnar el laudo contrario al orden público internacional o cuando el árbitro ha resuelto sin ajustarse a la misión que le ha sido conferida, por exceso o defecto.

G) En el terreno del derecho constituyente han sido muchas las opiniones; también a lo largo de la historia lo han sido las aceptadas por las leyes positivas. Atendiendo hoy a las circunstancias de nuestra época, puedo decir que la imposibilidad de que los Tribunales controlen el fondo del arbitraje de equidad, salvo en los motivos que las actuales leyes reconocen, me parece acertado. Si el árbitro de equidad está dispensado de seguir el derecho estricto, no tiene razón de ser que se le pueda controlar y reformar su criterio precisamente por ejercer sus facultades como tiene reconocido. Sólo se alza como límite el concepto de orden público internacional, que es definido en cada caso concreto por los Tribunales de Justicia. Pensar de otra forma sería propio de aquellas épocas en las que el arbitraje carecía de las notas típicas que le han sido atribuidas en nuestra época, y cuando la noción de orden público, y más aún de orden público internacional, no había sido elaborada. Ello supone reducir al ámbito interno muchas normas que jamás tuvieron vigencia internacional ni fueron pensadas para ello.

En el curso de la vida privada nada se opone a que los ciudadanos arreglen sus diferencias privadamente y conforme a criterios personales, familiares o profesionales por ellos conocidos y aplicados. A nadie se le obliga a acudir a los Tribunales. Nada se opone que estas ideas se apliquen cuando concierten un arbitraje de equidad. El único límite previsto en cuanto al fondo es que se respete el orden público, pero no más.

En el Occidente estas ideas han triunfado. La evolución suiza reseñada es muy importante, pues revela el vigor que una "communis opinio" ha tenido, y que ha obligado a modificar la legislación de ese país, donde el recurso contra la arbitrariedad o contra los agravios a la equidad han desaparecido y sólo subsiste el destinado a proteger el orden público internacional.

Sección V. Los métodos a emplear en el arbitraje de equidad. Sus límites. El respeto al contrato básico. Evolución de la doctrina y jurisprudencia relativa al arbitraje comercial internacional.

I. Doctrina general. Los tres métodos.

A) Nos conviene aquí atender a los métodos que ha de emplear el árbitro de equidad. No se trata de un único método, sino de varios. La equidad requiere una comprensión de la controversia que ha de alcanzarse por varias vías. Estas suponen, por sí misma, una serie o gama de referencias.

El árbitro de equidad, a estos efectos, puede atender a los usos de comercio, o

puede buscar un equilibrio contractual, o puede preocuparse de obtener un nivel elevado de justicia.

B) Tratemos ahora del primero de los métodos enunciados.

Con relación a los usos, los árbitros pueden tener en cuenta tanto a los usos profesionales, que pueden considerarse ya como verdaderas costumbres, o aquellos otros que están en formación y no revisten tal carácter, o las que tienen un alcance menos general. Este criterio seguido por la práctica de los negocios es reconocido por la doctrina. Para la francesa el recurrir a los usos no contradice la esencia de la amigable composición, porque se ha dicho que esta no supone el rechazo automático de toda regla de derecho, y por consiguiente los usos, o si queremos la "lex mercatoria", puede ser tenida en cuenta en los casos o supuestos mencionados, si los árbitros entienden que satisfacen las exigencias de la equidad. Este matiz, ya destacado antes, es de gran importancia. El uso o la "lex mercatoria" no se tienen en cuenta por razón de una fuerza vinculante propia; se aplican, por el contrario, porque a juicio del árbitro satisfacen las exigencias de la equidad y son fórmulas prácticas para la efectividad de esta. Si no procediere así el Tribunal arbitral cometería un exceso de poder y su laudo podrá ser impugnado. Todo ello se fundamenta más claramente si atendemos al hecho de que la amigable como posición origina una diversificación de fuentes. Para pronunciar el laudo, según la doctrina francesa, hay que atender al derecho y a la equidad, y formar criterio. Si la motivación del laudo de equidad, en algún caso, demuestra que los árbitros han tratado de buscar la solución más justa, y no han aceptado "a priori" la regla positiva, tal laudo aunque use del derecho positivo no incurre en exceso de poder, ya que aún aplicando la regla positiva lo hace no por su naturaleza vinculante sino por razón de equidad que en su texto se contiene. Ya precisamos esto en la Sección anterior.

II. Examen especial del segundo método. La cláusula de Hardship.

A) En cuanto al segundo método, es decir el que atiende al equilibrio contractual, resulta evidente que los árbitros tienen que abarcar con carácter previo la totalidad del contrato que está en el origen de la controversia, analizando su estructura y sus fines, la redacción de sus cláusulas y sus interrelaciones, así como el texto implícito existente, por ser presupuesto o consecuencia necesaria de aquellas. Este análisis del contrato llevará a los árbitros a restablecer el equilibrio inicial de las prestaciones y a definir más exactamente las obligaciones de las partes. Todo ello toma razón de ser con relación a la controversia que les someten las partes. También puede llevarles a subsanar las consecuencias injustas que brotan del contrato, sin haber sido queridas, como consecuencia de eventos posteriores no previstos.

B) Este segundo método ha sido muy controvertido. Se dijo que nos encontraríamos, en este caso, fuera del campo propio del arbitraje de equidad y ante un problema que suele resolverse mediante la conocida cláusula "hardship" o mejor dicho de "undue hardship", empleadas en el comercio internacional. Por medio de estas, los árbitros son facultados por las partes para reorganizar la economía del contrato, cuando la variación de las circunstancias viene a hacer caer sobre una de las partes un "rigor injusto" (undue hardship).

Este sistema está especialmente, concebido para aplicarse a contratos internacionales de naturaleza compleja, de gran cuantía y de larga duración, frecuentemente renegociados entre las partes, y en los que existe un espíritu de cooperación más que un antagonismo. Esta es una afirmación de general que se hace por los especialistas a la vista de su experiencia (2).

Hemos de decir que en tales contratos cuando surge la controversia es muy eficaz una cláusula de amigable composición, especialmente adaptada al caso, y en la que se disponga que los árbitros tienen facultad para reestablecer los equilibrios fundamentales, a cuya vista se quiso contratar. Un ejemplo de esta clase es el de la cláusula inserta en un contrato celebrado por las Sociedades Schneider y Marine - Firminy a fin de crear, mediante la fusión de sus filiales respectivas, otra sociedad. La cláusula en cuestión instituía una amigable composición y agregaba "El árbitro deberá inspirarse en el espíritu que ha inspirado la redacción del presente protocolo... Resolverá en concepto de amigable componedor y deberá ser guiado esencialmente por consideraciones de equidad".

Se ha dicho con agudeza ante esta cláusula, que la búsqueda "prospectiva" de una solución, estará guiada por el "examen retrospectivo" de la voluntad de las partes (1).

C) Para centrar este análisis sumario sobre la cláusula de hardship de la que trataré más ampliamente al examinar el derecho inglés, al final de este capítulo, estimo convenientes formular dos observaciones:

a) Que no se trata aquí de un procedimiento o método habitual de la amigable composición francesa. En esta los árbitros vienen obligados respetar, dentro de ciertos límites, los términos del contrato. Aquí tratamos de una cláusula especial que faculta a los amigables componedores a renegociar el contrato.

Por tanto estamos en un caso excepcional, y no en la regla general. Las cláusulas de arbitraje de equidad o amigable composición que no tuvieren incorporado el texto propio de la cláusula de hardship, no pueden operar del modo expresado.

b) Que no obstante lo anterior, y después de una evolución doctrinal y jurisprudencial importante, la vinculación del árbitro de equidad a los términos del contrato cuando no hay cláusula de hardship, se ha depurado, como ya se ha dicho por el reconocimiento de un poder moderador en aquellos, cuestión a la que luego haré referencia.

III. El tercer método. El contenido de las facultades del árbitro de equidad.

A) El tercer método, de los inicialmente enunciados, es el que se basa en el poder moderador de los árbitros en el cumplimiento de su misión de alcanzar una solución justa.

Este poder moderador, es indispensable para el ejercicio del arbitraje de equidad. La aplicación automática de las cláusulas de los contratos, nos revela que no se produce fácilmente un resultado equitativo. En cuanto la controversia sea un poco compleja, la aplicación de las estipulaciones pura y simplemente, sólo reproduce los términos de la controversia sin atender a la equidad.

B) La jurisprudencia, lentamente matizada, comenzó a reconocer que, "en algunos casos" y "sin estar obligados a ello" pueden los árbitros de equidad separarse de las cláusulas del contrato, y a ejercer sobre sus consecuencias "un poder moderador que por otra parte se considera "inherente a su misión" (2).

Este cambio de horizonte originó ciertas críticas. La ocasión fue un laudo pronunciado en el caso "Films Montsouris c. Consortium Pathé", por el que se matizó, suavizándola, una indemnización que imprudentemente se obligó a pagar la segunda, sin excusa alguna. Se trataba de una cláusula durísima e injusta, una cláusula de dominación, que no atendía a ninguna excepción, como la que se produjo, es decir al fracaso absoluto de la explotación comercial de un film producido por la primera de las sociedades citadas.

La voz del rigor se asía al artículo 1134 del CC francés, y clamaba por el reconocimiento del efecto obligatorio del contrato entre las partes, cualquiera que fuese su contenido, y afirmaba que los amigables compositores debían respetar —como los árbitros de derecho— el contrato que habían de interpretar.

Esta doctrina rigurosa afirmaba que los árbitros, al separarse de la estricta redacción del contrato, podían cometer en su laudo dos defectos, que constituían motivos de nulidad del mismo.

En primer lugar el vicio de "desnaturalización" al desconocer los exactos términos del contrato; en segundo lugar, el vicio de "contradicción de motivos", que se origina cuando respetando el texto del contrato, se llega a una solución en contradicción con aquél.

En esta línea se produjo la sentencia de la Casación civil francesa de 16.6.1976 en el caso "Dame Krebs" llamada "Gres c/Milton Stern y otros" que revocó la sentencia del Tribunal de apelación de París de 12.7.1974 por contradicción de motivos, ya que en esta última se había entendido que la aplicación rigurosa de la cláusula litigiosa, rompía esencialmente el equilibrio del contrato, por lo que aprobó la reconvencción del demandado de obtener una indemnización concedida por los árbitros, a fin de compensar, en parte las pérdidas que para él resultaron, de la aplicación estricta de la cláusula. El criterio rigorista se impuso y se cerró la puerta a la inteligente y justa sentencia del Tribunal de Apelación de París.

C) La doctrina expuesta —hoy felizmente superada— encerraba a los amigables componedores, en una serie de prohibiciones acumuladas, lo que a mi entender excluía el verdadero concepto de equidad, como instrumento aplicable y reducía el ámbito de la amigable composición a un nivel mínimo y fronterizo con la más absoluta ineficiencia.

Así los amigables componedores no sólo tenían prohibido reformar o modificar el contrato. Tampoco podían ejercer un poder moderador sobre el mismo, ni siquiera bajo la condición de no sustituir un contrato completamente diferente, a aquél concertado por las partes (3). Sólo se permitía tal facultad si se concediere especialmente por estas. Tal concesión de facultades no se podía presumir y debía ser expresa. Como se puede apreciar tal solución equivale a una prohibición.

D) Más esta solución estricta, vivía sus últimos momentos. La brillante toma de posición del Tribunal de Apelación de París, iba a abrir una senda por la que los amigables componedores saliesen del estrecho cauce, en la que los encerraron los mencionados rigores, dentro de los cuáles no era fácil ejercer un arbitraje de equidad. Las razones contrarias a la vieja y asfixiante doctrina se acumulaban.

Se comenzó por afirmar que es inherente a la amigable composición moderar las consecuencias del contrato con fines de conciliación. Por otra parte la cláusula arbitral por la que se renuncia por las partes a una aplicación estricta de los derechos originados en el contrato, es decir a las reglas de la ley aplicable a la controversia, implica asimismo la renuncia a las estipulaciones contractuales, en su rigor textual, que desde un punto de vista judicial, son normas supletorias de la ley, a la luz del artículo 1134, del CC francés, y a cuya vista fueron redactadas en muchos casos. En estos casos aplicar la cláusula contractual —reflejo o dependencia de un texto positivo— podía ser muchas veces aplicar el derecho al que se había renunciado al pactar la amigable composición.

Un agudo análisis llevó más adelante la crítica de la Sentencia pronunciada en el caso "Dame Krebs". Las partes habían debatido las consecuencias excesivas de una cláu-

la litigiosa. Desde el primer momento habían considerado como arbitrable esta cuestión, y habían en consecuencia instituido o designado los amigables componedores "Podía sostenerse, que aquí existiese una contradicción, con los términos del contrato según lo interpretaron las partes con su propia conducta? (4)

La vieja doctrina tenía sus horas contadas. El criterio rigorista tenía una base falsa. La cláusula de amigable composición tiene tanta fuerza y vigor jurídico como las demás del contrato. Además tiene un valor genuino y general. El de desposeer a cualquier controversia del carácter de contienda por derechos estrictos, convirtiéndola en juicio de equidad.

E) El cambio de orientación se hizo —como otras veces— por media de la reforma de la doctrina jurisprudencial respecto del contenido de los motivos de apelación por razón de nulidad. La Casación Civil declaró, poco tiempo después, en reiteradas ocasiones, que "la apelación por razón de nulidad, interpuesta contra una sentencia arbitral, es excepcionalmente admisible, a pesar de toda clase de cláusulas de amigable composición, o de renuncia a la apelación, cuando se trata de declarar la nulidad de la sentencia, por razón de la violación por los árbitros de reglas que se refieren al orden público o a los derechos de la defensa..., esta excepción no se extiende a la desnaturalización de los documentos sometidos a los árbitros"... (S 17.11.1976 y otras varias) (5)

La fórmula es magistral y esquinada. Se persiste en la idea de que los árbitros pueden "desnaturalizar" los contratos. Pero se agrega que ello no es impugnabile. Hubiera sido más fácil reconocer el poder moderador de los amigables componedores. Se ha preferido otra vía. Se mantiene la dura y grave calificación de "desnaturalización de contrato" pero se le niega toda trascendencia. Con los mayores respetos a tan alto Tribunal, le rendimos el homenaje de una sonrisa de inteligencia.

Se contradice así, de modo palmario la doctrina de la sentencia dictada en el caso "Dame Krebs". Se reconoce por tanto, un poder moderador de los amigables componedores, que los aproxima a los árbitros de equidad. Se somete este poder a cierto control contenido en el artículo 1484 del NCPC, pero por otros motivos que no afectan a la cuestión. El tribunal de apelación de París agregó una nueva precisión al decir "que si la regla prescrita a los jueces, de asegurar el respeto de la voluntad privada de las partes, no tiene el carácter de orden público, por el contrario tiene tal carácter cuando el árbitro incumple su oficio y como encargado de interpretar sus actos traiciona su común intención" (S. 18.6.1974). Relacionando esta doctrina con la más moderna antes citada resulta que el Tribunal de París declaró que el poder moderador de los árbitros, ejercido como se ha expuesto, no incide en el concepto de "traición" anteriormente usado.

Subsiste una limitación más matizada. Se admite el poder de moderación de los

árbitros; no se permite derribar la estructura contractual (París 1 supp. 15.3.1984 y otras). Como complemento de cuanto se lleva dicho la Sentencia de apelación de París 1ª supp 10.3.1981 afirma que los árbitros no se contradicen (es decir no incurren en el vicio de contradicción de motivos) "al moderar el vigor de los principios por consideraciones de equidad" y que actuando de esta forma "no haen más que usar sus poderes de amigables componedores". Se separa así la noción de "desnaturalización del contrato".

Llegamos aquí a un momento importante. Una sentencia arbitral de 20.10.1989 pronunciada por un Tribunal arbitral presidido por el Profesor Goldman declaró que "El Tribunal se ha fundado sobre el poder moderador, para imponer condenas calculadas sobre bases a forfait, y destinadas a corregir una situación inicua nacida de la aplicación estricta de las estipulaciones del contrato". Aquí el poder moderador de los árbitros alcanza una enorme amplitud. Sin tocar el contrato se imponen prestaciones económicas para corregir la inicua situación derivada del contrato.

La sentencia ha establecido una sutil distinción. De una parte están las cláusulas del contrato; de otra los derechos que surgen de la ejecución de aquellas. Si estos derechos son contrarios a la equidad (iniguos), deben ser corregidos. La situación jurídica derivada del contrato debe ser moderada en tal supuesto. La doctrina tuvo importantes consecuencias. Los tribunales recibieron Sentencias arbitrales pronunciadas conforme a tal criterio.

Entonces se produce un nuevo giro de la jurisprudencia francesa en esta materia. Se reconoce ágilmente por los Tribunales la facultad del amigable componedor de "moderar los derechos nacidos del contrato y de evitar las consecuencias derivadas de la aplicación estricta de las cláusulas contractuales, sin modificar la economía del pacto". (6).

La doctrina ha señalado acertadamente que la consecuencia es que los derechos contractuales, en su conjunto, constituyen el campo de aplicación del poder moderador de los amigables componedores.

El giro es de ciento ochenta grados y la habilidad e inteligencias derrochadas en ello son notorias.

IV. El árbitro ante las lagunas del contrato.

A) Nos queda una última precisión. El árbitro no puede sustituir a las partes para completar el texto del contrato, es decir, llenar una laguna del mismo originada por una situación no prevista en las cláusulas.

Tampoco pueden entender de aquellas modificaciones del contrato que las partes hubieren previsto, y en consecuencia hubieran establecido las bases de una reforma

mediante los oportunos sistemas de revisión (Este es el caso de los riesgos monetarios, de la elevación del precio de las materias primas, o cualquier otras fórmulas similares).

En algunas ocasiones pueden conocer de la existencia de las circunstancias que darían lugar a la revisión prevista del contrato, y sobre cuya realidad pudieran no estar conformes las partes. Más allá de esta materia, no pueden proceder a la negociación de un nuevo contrato. Tal es la doctrina francesa que prohíbe al árbitro fijar un precio, porque no es un mandatario de las partes a las que estas, conforme al artículo 1592 del Cc. francés, hubieren conferido el encargo de hacer tal determinación.

La misión de los árbitros es resolver una controversia pero no la de construir una situación contractual diversa. Así se pronuncia de Boisseson (7).

B) Por no ser los árbitros unos mandatarios de las partes, en tales casos deben requerir a estas, , y les harán patente su obligación de negociar de buena fe, y de proceder por sí mismos a revisar y ajustar el contrato. Incluso pueden nombrar un adjunto que auxilie a aquellos. Este adjunto puede ser incluso el Tribunal arbitral. Esta solución fue la seguida en el caso Shell c. EDF mediante auto del Tribunal de Apelación de París de 28.9.1976. Si las negociaciones fracasaren —se dice en tal auto— y una vez en conocimiento de las soluciones propuestas, el Tribunal dirá si la fórmula que pudiera eventualmente convenir en el plano financiero modifica los datos de los contratos vigentes y por consiguiente prohíbe a los jueces imponerla, o si se limita, como lo han querido las partes, y sin alterar la economía del contrato, a adaptar el precio a las fluctuaciones del mercado y puede por tanto ser sustituida de oficio". La determinación de la que es "la economía del contrato" merece algunas consideraciones (8).

No es lugar adecuado tratar aquí de la obligación de cooperación de buena fe que se impone a las partes por los árbitros y la renegociación de los contratos que puede hacerse en la ausencia de una estipulación de revisión. Punto es este en el que se observa discordancia entre la legislaciones correspondiendo a la francesa el ofrecer la solución más restrictiva y formalista frente a la ofrecida por el derecho inglés, americano, suizo, italiano y alemán.

V. Algunas precisiones complementarias sobre el ámbito en el que puede ejercerse el arbitraje de equidad. Las reglas de orden público.

A) Llegamos ahora al momento de determinar las reglas positivas a las que ha de ajustarse el arbitraje de equidad. Sigo tomando como eje central de mi exposición el sistema francés. Su concepción de la amigable composición es muy estricta, las normas a las que he de referirme aquí son las de orden público.

Al concepto de este dedico un capítulo especial. Aquí se trata sólo de integrar el análisis del arbitraje de equidad con las oportunas remisiones a otros capítulos para evitar repeticiones.

B) Trataré por tanto aquí sólo de las reglas procesales. Son las siguientes:

a') La cláusula de arbitraje de equidad o de amigable composición debe ser expresa o deducirse necesariamente de la voluntad de las partes.

b') El árbitro debe haber sido investido para realizar su misión como árbitro de equidad o amigable componedor. La ausencia de facultades motiva un recurso de anulación. Cuando no existiere tal cláusula, habrá de determinarse si en realidad ha actuado como tal árbitro de equidad o amigable componedor. La nulidad sólo se pronuncia si usó en realidad de tales facultades, no estando autorizado para ello. Se evita así un puro formalismo, (S. del Tribunal de Apelación de París de 28.2.1980). El silencio de las partes sobre la clase de arbitraje instituido se interpreta unas veces por las leyes y otros por los Tribunales.

c') La regla de la inmutabilidad de la controversia, debe ser respetada. No puede entender el árbitro de cuestiones que no le han sido atribuidas por la cláusula de arbitraje. Se permite en ciertos casos completar la cláusula por conclusiones o adiciones que deben integrarse por las partes en el compromiso o en el acta de misión.

d') La interpretación de la cláusula arbitral es estricta. Si la cláusula se refiere sólo a las cuestiones que pudieran originarse respecto de la "interpretación del contrato", el árbitro no puede pasar de ahí y conocer y resolver sobre la inejecución del mismo (S. 25.2.1972 Tribunal de París).

e') El desarrollo del procedimiento arbitral está sujeto, por razón de orden público a determinados principios. El principio esencial es el de la protección de los derechos de la defensa. Dicho de otro modo, es necesario respetar el principio de contradicción tanto por las partes como por el amigable componedor. Ninguna parte puede ser juzgada sin haber sido oída o convocada válidamente para ello. Otro principio obligatorio es que obliga recíprocamente a las partes a comunicarse en tiempo útil los hechos sobre los que fundan sus pretensiones, las acciones que ejerciten y las pruebas de que piensan valerse. Existe aquí la especialidad reconocida por la doctrina y la jurisprudencia de que el amigable componedor puede interrogar directamente a las partes, a los testigos y a los expertos (Sentencia de la Casación comercial francesa de 5.5.1964). Puede asimismo, convocar a nuevos testigos y a otros expertos.

Estas pruebas que han sido producidas de oficio por el amigable componedor no sirven para formar convicción alguna que fundamente el laudo o sentencia, si previamente no se ha requerido a las partes para presentar sus observaciones. Otra cautela más, especialmente exigible por razón del principio de contradicción es que después de que el asunto se hubiere discutido, y se hubieren aportado las pruebas sujetas a examen contradictorio, la cuestión está sometida a deliberación de los árbitros y no puede presentarse ningún nuevo documento o producirse por las partes, sino a petición de los árbitros. Esta regla es común a las dos clases de arbitraje (de derecho y de equidad).

f') Si las partes han establecido algunas reglas de procedimiento son de obligatoria observancia y forman parte del convenio arbitral que se impone a los árbitros.

La inobservancia de estas reglas y las consecuencias que de ello se deriven deberán ser objeto de un ponderado análisis a fin de impedir que reglas de mero carácter formal, y sin trascendencia dañosa para ninguna parte puedan fundar un recurso de anulación.

g') Otra regla imperativa de carácter interno determina la obligación de motivar el laudo. Así ocurre con la legislación francesa. Más esta regla no es aplicable de modo necesario al arbitraje internacional. Se permite —en el ámbito de aquel— que la cláusula arbitral exonere de tal deber a los amigables componedores (art. 1495, NCPC)

Si no existiere tal dispensa, los Tribunales arbitrales no pueden abstenerse de motivar la sentencia. Esta motivación es garantía del control que los Tribunales pueden ejercer sobre el laudo. Ahora bien, es necesario destacar que según el derecho francés, este control no se refiere al fondo del arbitraje de equidad. Los jueces controladores sólo deben comprobar la existencia de fundamentos del laudo y apreciar su pertinencia. Diciéndolo de otra forma más clara, lo que se busca es determinar la relación lógica que debe existir entre cada extremo o punto tratado y sus motivos. Está prohibido terminantemente el análisis del fondo de los mismos (Sentencia de 5.2.1976, París 1^a supp. *Les Tilleuls c. Promeric*). A esta cuestión nos hemos referido antes con mayor detalle en la Sección anterior).

La ausencia de motivación recibe consideración análoga al vicio de contradicción de motivos que justifica la anulación del laudo, siempre que ello sea contrario al orden público o a los derechos de la defensa. Lo dicho no es válido si las partes conforme a la ley han dispensado a los árbitros del deber de motivar la sentencia. Se trata en suma de aquellos casos en los que está ausente una relación lógica entre la decisión y los motivos de la misma. En rigor lo que se trata de conocer es que el amigable componedor ha resuelto en virtud de razones lógicas y justificadas y no por mero capricho.

h') El conjunto de estas limitaciones pudiera parecer que encierra al amigable componedor, y le priva de agilidad en muchas materias. No es así, pues puede acordar todas las medidas adecuadas a fin de obtener la resolución equitativa de la controversia. Se reconoce por la jurisprudencia francesa que puede ordenar la compensación de deudas si ello es conforme con el objeto del litigio y declarar la solidaridad, aunque no haya sido pedida por las partes (Casación francesa S. 17.1.1967/8). Todo esto se justifica porque tienen que resolver toda clase de cuestiones previas y asimismo las de naturaleza accesoria de la controversia. Es excepción a esta competencia el caso de que la cuestión previa o accesoria no sea arbitrable (Casación comercial francesa S. 5.11.10.1954 y París 6.3.1964). La doctrina declara que esta extensión de la competencia es obligatoria como consecuencia de que la cláusula arbitral "es ley de las partes" (París 6.3.1964.).

VI. Las cuestiones previas y las accesorias.

El árbitro de equidad no queda inmovilizado por estas reglas que dejan todavía espacio suficiente, ya que puede "acordar todas las medidas que puedan contribuir a una solución equitativa de la controversia. Por ello puede ordenar la compensación de deudas, si ello es conforme con objeto del litigio, o declarar la solidaridad aunque no hubiere sido pedida por las partes (Casación francesa 17.1.1967). Ello se explica porque tiene que resolver todas las cuestiones previas, y las que fueren accesorias o consecuencia de la controversia, que les ha sido sometidas, salvo cuando el problema en sí no fuera arbitrable (Cass. com. francesa S. 11.10.1954 y París 6.3.1964). Ello es obligado resultado de la cláusula arbitral "que es ley de las partes" (París 6.3.1964). Ya lo señalé en el apartado anterior como de pasada. Aquí lo reitero por otras razones por otras razones como se verá a continuación.

Para integrar en una estructura sistemática la doctrina de las anteriores resoluciones, debe tenerse en cuenta que esta doctrina no supone abrir un portillo para que el árbitro resuelva fuera de los términos del litigio. Lo que expresa es el reconocimiento de la libertad del árbitro para encontrar soluciones a la controversia, y señalar "ex officio" medios de decisión. Es una amplia libertad, pero dentro de los límites de la controversia. En esta línea de pensamiento, se ha dicho que el árbitro puede acudir en socorro del reclamante, atendiendo a una razón de derecho o de equidad, no invocada por aquél, y que pueda llevar a una solución del litigio. Este poder "ex officio" supone, como declara Loquin que el amigable componedor continúa actuando dentro de los límites de la definición convencional del objeto del litigio y no puede entenderse que actúa más allá de aquellos. El fascinante "iter" mental y moral del árbitro de equidad se enriquece con el ejercicio de un poder activo, creador e imaginativo encaminado a la búsqueda de soluciones equitativas respetando los límites establecidos (9).

Terminamos aquí una exposición que se ha redactado siguiendo básicamente la doctrina y jurisprudencia francesas. La razón, es que a pesar de constituir un sistema claramente en oposición con otros, como por ejemplo el suizo, su tratamiento constituye un completo sumario, de las cuestiones que deben tenerse en cuenta, en la práctica del arbitraje comercial internacional, según equidad, y por ello, los problemas enunciados, deben examinarse según el derecho aplicable en cada caso a la controversia. No hay que olvidar que el Convenio de Nueva York y el de Ginebra remiten a la ley, aplicable al arbitraje la determinación de si es admisible el de equidad y por consiguiente el ámbito en el que se puede desarrollar.

Notas

- (1) De Boissésón; ob. cit. pág. 317.
- (2) Loquin; ob. cit. pág. 350, nº 601.
- (3) Bellet y Mezger Revue crit. DIP 1981, pág. 611.
- (4) De Boissésón; ob. cit., pág. 319.
- (5) Se declara abiertamente que la "desnaturalización" de un documento sometido a los árbitros no es cuestión de orden público y por ello no se integra en un motivo de nulidad fundado en la infracción de aquél. De Boissésón; ob. cit., pág. 319.
- (6) París S. de 8.5.1988. Unijet c. IBR. Rev. Arb. 1983, pág. 83.
- (7) De Boissésón; ob. cit. pág. 321.
- (8) La expresión "modificar la economía del contrato" no puede entenderse como sinónimo —a mi parecer— de la de alterar el valor económico o mejor dicho monetario de las prestaciones. Si así fuera no sería inteligible la sentencia aquí citada en la que se establece una clara distinción entre ajustar un precio a las fluctuaciones del mercado y modificar la economía del contrato.

Parece aquí que la palabra "economía" no se emplea aquí en el sentido "económico" sino en aquél otro más acorde con su origen etimológico que la hace sinónima de régimen, sistema o ley. Por ello "la economía del contrato" equivale a decir el sistema de prestaciones y fines que las partes contemplan al concertar un contrato que han de buscar el equilibrio propio de los contratos onerosos, y nunca puede considerarse que consagra el principio de inmovilidad del contrato, y de fijeza e inmovilidad de las valoraciones atribuidas inicialmente por las partes a sus prestaciones que pueden ser reformadas.

- (9) Conviene decir que el árbitro de equidad está dispensado de los usos si estima que no contienen regla de equidad en el caso concreto. Por otra parte el árbitro no distingue claramente entre usos y principios generales. Unas veces se llaman de una manera y otras a la inversa. La realidad del arbitraje internacional así lo demuestra. Hay que advertir que el concepto de "usos" no se limita a los de un determinado sector sino a aquello que la práctica del comercio internacional ha producido o identificado

Sección VI. El arbitraje de equidad en los Estados Unidos de América.

I. Ideas Generales.

A) La verdad es que inicialmente ha resultado difícil calificar el sistema arbitral norteamericano. En un principio se ha considerado como mera traslación a ultramar de las reglas del arbitraje inglés (1). Esta opinión parece haberse formado a la vista de la legislación del Estado de Nueva York y de los demás que han seguido su modelo. En tal caso la consideración del arbitraje en Norteamérica carecería de interés.

La realidad es que las cosas se han desarrollado de una manera distinta.

La opinión contraria a esta interpretación reduccionista del derecho americano, es no sólo propia de muchos juristas de este país, sino que además, es confirmada por juristas extranjeros que contraponen el sistema inglés y el americano desde el punto de vista de las facultades que corresponden a los Tribunales de Justicia respecto del arbitraje. "En Inglaterra los Tribunales disponen de un amplio poder sobre el arbitraje —se dice por estos autores— y el arbitraje de hecho está inserto en la organización judicial. En Norteamérica es asunto privado y los Tribunales se limitan a verificar la regularidad del proceso y si la igualdad de las partes ha sido respetada". La oposición no puede ser mayor (2).

El arbitraje de equidad existe en Norteamérica. Los árbitros suavizan el derecho estricto y aplican razones de equidad en sus sentencias, y atienden a los criterios de los comerciantes (3).

B) Como era de esperar esta opinión se ha visto contradicha por algunos autores. Ha habido algunos que han querido que el árbitro aplique, siempre, el derecho estricto y se aparte de las sendas de la conciliación. Tal fue el caso de Miss F. Kellor (4). La vieja discusión conocida en Europa había llegado a América.

Más esta crítica fue, asimismo objeto de otra posterior que arruinó el propósito de

reducir el arbitraje al derecho estricto.

Las razones de esta última han sido las clásicas. El arbitraje no es un método formalista de resolución de los litigios. Se trata de una posibilidad —el arbitraje de equidad— que permite llegar a la justicia del caso sin ser víctima forzosa de los precedentes judiciales. El comercio recela del reinado absoluto del derecho positivo. La especialidad de la vida del comerciante, hace que otras razones ajenas o no recibidas por el derecho, rijan su vida, y teme que la ley escrita suponga para sí y sus colegas, el imperio de la abstracción y la ruina de sus actividades. El derecho no es el único método de resolver las controversias (5).

Estas razones no fueron sólo juegos doctrinales. Triunfaron en la práctica por amparar soluciones a urgentes problemas. Los árbitros si bien atienden a las razones jurídicas saben separarse de ellas, y del derecho positivo por razones de justicia, atendiendo a la voluntad de las partes. ROSENTHAL nos dice que "los hombres de negocios prefieren la manera en que los árbitros interpretan los hechos, a la incertidumbre que suponen los métodos de interpretación, seguidos por los Tribunales y por jurados que ignoran los problemas y las costumbres de los comerciantes" (6).

La jurisprudencia fué contradictoria y vacilante. En ciertos Estados, cuyo número crece, se aplican las concepciones europeas. En otras partes los Tribunales accedían a liberar a los árbitros de las reglas legales de la prueba aunque vacilaban, y se resistían a eliminar su vinculación a las reglas de derecho estricto en cuanto al fondo de la controversia.

La evolución hacia un régimen más amplio se produjo mediante la interpretación jurisprudencial de la ley Federal de 1925, que abrió puertas a la doctrina del arbitraje comercial. La ratificación por los Estados Unidos del Convenio de Nueva York de 1958 en 1972 y la promulgación de la Arbitration Act 1978, ha modificado el cuadro del arbitraje comercial internacional.

El Convenio de 1958 se aplica a las controversias en las que una parte, al menos, es extranjera y también cuando la controversia afecta a bienes situados en el extranjero o cuando tiene por finalidad la ejecución de un contrato en el extranjero que establece alguna vinculación con uno o varios Estados extranjeros.

II. Un breve análisis del sistema norteamericano.

A) Conviene ahora dar una visión esencial del régimen del arbitraje en los Estados Unidos. Lo intentaré en las siguientes notas.

a') El espíritu de la ley norteamericana ha sido siempre ampliamente favorable al

arbitraje, tanto en el campo interno como en el internacional. Una sentencia del Tribunal Supremo de 1855 declaró que "el arbitraje como modo de resolver discrepancias debe recibir toda clase de apoyo por los Tribunales (Burcehell v. Marsh 58 U. S. 344).

b') La ley de los Estados Unidos y las Reglas de la A.A.A. (American Arbitration Association Rules) no imponen que el árbitro deba exponer las razones en la que funda su laudo. En la práctica los laudos contienen sólo la conclusión de su razonamiento o parte dispositiva a no ser que las partes hubieran expresamente acordado lo contrario.

Cuando el arbitraje se tramita conforme a las reglas de la UNCITRAL en Estados Unidos deben consignarse los fundamentos del laudo, pues aquellas así lo exigen (art. 31.2). En todo caso el laudo en cualquiera de las formas expresadas debe formalizarse por escrito. No se prohíbe que un árbitro que disienta, escriba su opinión.

c') El predominio del fin sobre los medios hace que si las partes arreglan su controversia durante la tramitación del arbitraje —y al margen del mismo, por supuesto— el árbitro a requerimiento de aquellos puede recoger las cláusulas del acuerdo en el laudo (A.A.A. Rules. Sección 44).

La regla es una especialidad del sistema jurídico que analizamos. Es una medida de protección del árbitro. Se trata de evitar que tenga que unir su nombre y reputación a un acuerdo que pueda ser injusto, ilegal, inapropiado o contrario al público interés. Por ello no se les obliga a hacerlo. Esta es la razón de la estructura del precepto. El árbitro "puede" hacerlo pero no está obligado a ello. Las Uncitral Arbitration rules contiene idéntico precepto (artículo 34). El árbitro decide sin anterior recurso sobre tal petición.

d') En materia de recursos contra el laudo, el Tribunal no examina si en el laudo el árbitro ha cometido errores de hecho o de derecho, porque tales errores no han sido configurados por la ley como motivos de nulidad del laudo. Ahora bien, esta regla que excluye la anulación del laudo por error en la interpretación de la ley, no impide que se pronuncie tal declaración de nulidad cuando el laudo se haya dictado (with manifest disregard) esto es con manifiesto o patente desconocimiento de la ley (7). Así se expresa Holtmann, quien agrega que este motivo no tiene distinto perfil que el establecido para proteger al orden público. La distinción del concepto de interpretación errónea de la ley, del de manifiesto desconocimiento de la misma, es teóricamente admisible; en la práctica puede resultar más complicada. Hay que encontrar la frontera que separa la interpretación errónea que se funda en la ley, de aquella otra que no tiene tal base y prescinde de la misma de modo manifiesto. El tema se complica cuando el árbitro no viene obligado a expresar sus razones. He aquí un amplio campo para el ejercicio de la sagacidad de la Magistratura (8).

B) Cuanto se lleva expuesto nos permite encuadrar en su contexto la corriente afirmación de que la "amiable composition" al estilo francés no se encuentra en las leyes de los Estados Unidos. Como la doctrina americana reconoce, existe un concepto similar". En aquellos casos en los que ni el contrato ni las "Rules" aplicables determinan que se aplique una ley para decidir la controversia, los árbitros puedan decidir de acuerdo con su propio sentido de justicia y de equidad, concepto este que no es diferente del de decidir como "amiables compositeurs" (Holzmann. Obra citada Tomo III, Voz United States, pág. 23). Se dice por el autor citado que en la práctica los árbitros atienden a la ley como orientación o guía.

C) La legislación arbitral americana es numerosa. De una parte se encuentra la Federal Arbitration Act (F.A.A.) promulgada en 1925 y reformada numerosas veces. Por otra parte cada Estado ha promulgado una ley arbitral propia. Consultar las citadas leyes de los Estados resulta abrumados. No menos de 41 he podido registrar y no he acabado con la tarea. Por otra parte ello carece de interés a los efectos de esta investigación, pues es la Ley Federal (F.A.A.) la que se aplica a las transacciones marítimas, e internacionales y a las concertadas entre residentes en distintos Estados de la Unión. En los demás casos se aplica la ley del Estado donde el árbitro tiene su sede.

La institución arbitral más importante es la American Arbitration Association (A.A.A.) fundada en 1926 para atender a la administración de los arbitrajes de toda clase en todo el territorio de los Estados Unidos. Las cuestiones de arbitraje internacional se tramitan conforme a la Uncitral Arbitration Rules. Tal Asociación ha aprobado las reglas de la Supplemental Procedure for International Commercial Arbitration. Hay otras instituciones arbitrales, pero con competencia limitada a determinadas ramas de las actividades mercantiles o a zonas territoriales concretas. El volumen de los arbitrajes de que entiende la AAA asciende constantemente.

D) A la luz de tales disposiciones se advierte como uno de los rasgos clásicos del derecho americano es la amplitud de las facultades que se reconocen a los árbitros. Así como en otros países los árbitros no pueden tener más facultades que los jueces, en los Estados Unidos no ocurre así. La materia arbitrable no está constituida sólo por controversias que pueden ser sometidas a los Tribunales, sino también por otras que caen fuera de la jurisdicción de aquellos. Así la ley arbitral de Nueva York contiene una regla que dispone que un acuerdo arbitral, es ejecutivo, sin tener que atenerse al carácter litigioso de la controversia. (CPLR 7501). La F.A.A. y otras leyes de los Estados han sido interpretadas por los Tribunales como si hubieran incorporado tal precepto a su texto.

E) Otra demostración de las amplias facultades de los árbitros es la relativa a la facultad de llenar las lagunas de los contratos. Se requiere acuerdo de las partes, pero no

existen dificultades doctrinales respecto de ello.

Esta facultad (filling gaps) obliga a distinguir entre las diversas clases de lagunas. Una clase está constituida por aquellas formadas "ex professo" por las partes, respecto de determinados puntos de la transacción respecto de las que carecen —en el momento de concertar el contrato— de la adecuada información que les permitiere redactar las apropiadas cláusulas y cuya regulación se encomienda a un tercero.

Otra clase de lagunas está originada por los cambios económicos, técnicos o políticos que afectan al contenido del contrato, cuando este no contenga cláusulas especiales de revisión para corregir las inesperadas y graves consecuencias de aquellos, que aflijan a una o ambas partes del contrato.

En estos casos suele ser costumbre pactar que si tales eventos se producen y para resolverlos no llegasen las partes a un acuerdo, se zanjará la cuestión por medio de arbitraje.

Este criterio amplio en cuanto a las facultades del árbitro se aplica también en cuanto a la determinación de la materia arbitrable. En esta se contienen —entre otras las controversias sobre patentes y en materias de regulación de la competencia (Cartels, Trusts). También caben aquí las cuestiones entre socios y corporaciones "cerradas" es decir las constituidas por un pequeño número de socios, con una regulación específica que aquí no podemos detallar.

F) Por último diré que en ningún lugar las A.A.A. Rules prescriben que el arbitraje deba resolverse según Ley. No obstante hay que recordar que las Uncitral Arbitration Rules cuyo empleo en asuntos internacionales va aumentando, dispone expresamente que los árbitros deben aplicar una ley sustantiva al resolver la controversia (Rule 33.1). La cuestión de la determinación de tal ley sustantiva merece algunas consideraciones.

No es fácil señalar un criterio objetivo, máxime si se tiene en cuenta que los árbitros no están obligados por regla general a motivar los laudos. Excepción de ello es el acuerdo arbitral en que se imponga este deber, o cuando las leyes que así lo dispongan. Las reglas de la Uncitral así lo determinan para los arbitrajes tramitados en los Estados Unidos (Rules 31.2). Cuando la cláusula arbitral no indica ley, unos árbitros escogen la ley más apropiada según las circunstancias. Cuando se indica la sede pero no la ley algunos aplican la ley de tal sede, otros conservan su facultad de elección. Cuando ni el contrato ni las reglas determinan la aplicación de ley concreta al caso, el árbitro decide de acuerdo con su sentido de justicia y de equidad, es decir de un modo análogo, a la amigable composición.

Un nuevo Reglamento de la A.A.A admite el arbitraje de equidad.

G) En resumen hay posibilidad de concertar un arbitraje de equidad. Por otra parte se reconoce en la jurisprudencia la amplia libertad del árbitro para encontrar soluciones cuando el contrato no es explícito (Board of Education Fairbanks, North Star Borough School District v. Ewig. 609 P. 2d 10 Alaska 1980). La equidad en la aplicación de la ley está ampliamente reconocida en la práctica.

Notas

- (1) A ello se refiere Philips (Ph.C.). A Lawyer's approach to commercial arbitration (1934). Citado por David. L'arbitrage dans le commerce international. París. Economica 1982. pag. 166.

Este autor al negar que el derecho americano sea un mero calco del derecho inglés, afirma que la leyes de su país se diferencian de la ley inglesa en casi todas las cuestiones importantes. 44. Yale L.J. pags. 31/52.

- (2) Van den Berg dice al concluir las observaciones transcritas: "Aquí está la diferencia fundamental con el arbitraje inglés". Etude comparative du droit de l'arbitrage commercial dans les pays de Common law. Tesis doctoral 1977. Aix. Marsella.
- (3) Isaacs N. Two wiews of commercial arbitration. 40. Harvard L.R. pag 929 (1927). Citado por David. Lugar citado en la nota 1ª.
- (4) A ella se refiere David en su obra antes citada. Dirigente de la A.A.A. sostuvo enérgicamente esta opinión contra viento y marea. Philips, el autor citado en la nota 1ª se unió al criterio más rígidamente tradicionalista de la doctrina inglesa y afirmó que tanto Inglaterra como en Nueva York los árbitros debían aplicar el derecho estricto.
- (5) Estas razones y otras más fueron rigurosamente sostenidas por amplios sectores de la doctrina y de los círculos de negocios. Un miembro de éstos nos lo dice: "Lo que quiere el hombre de negocios es un árbitro que escuche con paciencia razones que un juez consideraría irrelevantes". Taeusch. C.F. Extrajudicial settlement of controversies. The businessman's opinion. 4:83. Aquí expresa su simpatía por el régimen del arbitraje alemán, francés e italiano.
- (6) Arbitration in the settlement of international trade disputes. Law and contemporary Problems. 1946, pag 808-834.
- (7) Holtzmann, Handbook of Commercial Arbitration. Kluwer Tomo III. Voz United States, pag 28.

- (8) El motivo de impugnación por "manifest disregard of the law" merece unas consideraciones especiales.

Nació esta doctrina al margen de todo texto positivo, de un "obiter dictum" de una Sentencia del Tribunal Supremo norteamericano (Caso Wilko v. Swan: 346, USA. 427.1956 pag 436,37). Su campo de acción era el arbitraje interno.

La doctrina es dificultosa; su aplicación práctica requiere la precisión del concepto y de otra parte la determinación del ámbito de esta vía de impugnación del laudo, habida cuenta de que los Jueces norteamericanos se niegan al examen de fondo de las sentencias arbitrales.

En cuanto a la primera cuestión no se cuenta con definición del Tribunal Supremo; lo tuvieron que hacer los Tribunales de inferior rango. En esta vía se ha dicho que el "término "disregard" implica que el árbitro conoce la existencia de un principio legal claramente vigente, pero decide ignorarlo o no prestarle atención". (Merrill Lynch, Pierce, Fenner y Smith v. Bobker, 808 F 2d 930 (2nd. Cir, 1986) pag 933. Agudamente señala un especialista que el término de "manifiesto" implica que la sentencia no tiene el menor fundamento racional; si lo tuviera, aunque existiere error de hecho o de derecho, sería ejecutable (Laurent Niddam; L'execution des sentences arbitrales internationales aux Etats-Unis. Rev Arb; 1993, n°1, pag 56).

En cuanto a la segunda cuestión apuntada es obvio que esta vía de impugnación no puede conducir a un examen "ex novo" del caso. Ya hemos dicho que los jueces americanos se niegan a ello. Su sentido y contenido no está bien definido. Sólo está claro que no puede confundirse con una acción de revisión del fondo de la sentencia. Parece un caso de nulidades patentes y notorias, apreciadas a primera vista y sin necesidad de entrar en el fondo de la cuestión, ni en interpretaciones de normas. Por otra parte es inaplicable al arbitraje internacional. Cuando los Tribunales se han enfrentado a esta cuestión -no existe aquí hoy doctrina del Tribunal Supremo- se han opuesto a este medio de impugnación en casos de aplicación del Convenio de Nueva York de 1958. Se le niega a este "manifest disregard" la condición de infracción de "orden público" comprendida en el artículo V de aquél, y además se le rechaza como motivo autónomo para la anulación de una sentencia (Brandeis Inisel Ltd v. Calabrian Chemicals Corporation; 656 F Supp 160 SD. NY 1987 pag 165). Se ha dicho sutilmente que la admisión de tal medio de impugnación conduciría necesariamente a que un juez americano controlase la aplicación de un derecho extranjero por el árbitro, cuando la controversia no se rige, por el derecho norteamericano. El Juez ha calificado esto como "una pendiente resbaladiza (slippery slope) sobre la que un Juez americano no debe aventurarse".

Aún puede citarse otra resolución. Se ha dicho que "nosotros no podemos comprender como el Convenio (de Nueva York) creado para garantizar coherencia en la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, pudiera no ser gravemente perjudicado, si jueces con sede en cada una de las jurisdicciones en las que la ejecución pudiese solicitarse, fueren autorizados por el Convenio a una investigación "ex novo" acerca de si la ley que los árbitros utilizaron fué o no bien aplicada por los mismos. La contestación correcta a esta cuestión es que el referido Convenio no quiso y no pudo jamás considerar como posible tal caos" (International Standard Electric Corporation v Bidas Sociedad Anonima Petrolera Industrial y Comercial 745 F. Supp. 172 (SDNY) 1990 nota 34 pág. 181/82).

Con estos argumentos de reducción al absurdo, la doctrina del "manifest disregard of the law" parece haber desaparecido del horizonte del arbitraje internacional. No existe una resolución del Tribunal Supremo, pero la doctrina de las Sentencias citadas es importante y la opinión de los especialistas se orienta en este sentido.

Al decir que no existe doctrina del Tribunal Supremo no quiero decir que no se haya planteado la cuestión ante tal Alto Tribunal. Lo que quiero indicar es que el Tribunal no se pronunció sobre la cuestión expuesta por no ser el tema central del recurso.

En los casos de ejecución de laudos, no acogidos al régimen del Convenio de Nueva York, la cuestión no ha sido resuelta. Los Tribunales en los casos concretos planteados han admitido tanto en primera instancia como en apelación la demanda, sin buscar excepción alguna por tratarse de laudos internacionales. Ello indica que en estos casos la doctrina examinada podrá ser invocada. Por el contrario en los casos de laudos pronunciados al amparo del Convenio de Nueva York puede estimarse conforme a la doctrina de los dos Tribunales Federales de Primera Instancia del Distrito Sur de Nueva York antes citada, que no habrá lugar al planteamiento de la cuestión que nos ocupa. En tal caso la impugnación del laudo sólo será posible por los motivos previstos en aquel Convenio. Es una peculiaridad del derecho norteamericano que conviene tener en cuenta.

Sección VII. El arbitraje de equidad en el derecho inglés.

I. Las "equity clauses" o "amiable composition"

A) La doctrina jurídica y los Tribunales de Justicia ingleses han encontrado grandes dificultades para el reconocimiento de estas cláusulas. La razón de ello estriba en que ha

sido durante muchos siglos y es en la actualidad principio general del Derecho, que el árbitro sólo puede resolver conforme a los preceptos de la Ley. Aún hoy día la Arbitration Act de 1979 sólo regula el arbitraje de Derecho. La jurisprudencia no ha abierto todavía brecha en el sistema de un modo expreso y claro.

Desde esta posición, no puede extrañar la escasa simpatía, con la que se han contemplado los progresos de la doctrina y los avances de la jurisprudencia de los países continentales, en materia de arbitraje de equidad, cuyos sistemas difieren ampliamente del estatuto jurídico del Reino Unido (1).

La escasa receptividad de las doctrinas continentales no supone ausencia de interés por ellas. Las obras de los juristas modernos están llenas de análisis y comentarios acerca de la "amiable composition" y las opiniones en ellas contenidas desorientan al jurista continental por su carácter contradictorio. Se ha llegado en ocasiones a decir que ante el planteamiento de una cuestión sobre la cláusula que comentamos, el Tribunal inglés habrá de buscar su propio camino, lo que sólo puede entenderse —a mi opinión— como indicación de que no existen precedentes en la jurisprudencia que permitan afirmar de modo absoluto que la cláusula de arbitraje de equidad esta proscrita, y que por el contrario tampoco existen precedentes que se admitan (2).

B) Si el primer contacto con la doctrina inglesa es de resultado negativo respecto de la cuestión que tratamos, ello se fortalece con otros argumentos, cuales son que los problemas que se quieren resolver con las referidas cláusulas no se producen en los tipos contractuales que constituyen el grupo más numerosos de la práctica arbitral inglesa.

A esta posición —genuinamente particularista y típica del derecho inglés— se unen afirmaciones de tipo contrario en virtud de un método propio de los juristas ingleses que les lleva a relativizar sus afirmaciones y a hacer coexistir algunas de ellas con sus contrarias. Se nos dice que acaso esta situación "cambiará en el futuro entre compañías internacionales o corporaciones estatales, vinculadas por los llamados "one-off contract" en los que se pacta la exclusión de las apelaciones que pudieran interponerse y acogiendo a lo dispuesto en la Sección Tercera de la Arbitration Act de 1979. Estos contratos quedan fuera casi del todo de la competencia de los Tribunales de Justicia, aunque la doctrina afirme en su habitual y contradictorio método, que "teóricamente" no puede excluirse "alguna" clase de control judicial.

C) Al penetrar en el estudio de la doctrina jurídica establecida sobre la materia que analizamos, vamos atravesando campos de afirmaciones contradictorias, relativizadas y que parecen anunciar una situación "puente" que no sabemos muy bien a donde llevará, y al final nos encontramos ante un amplio debate sobre las cláusulas de equidad que parece

centrar, como tema de importancia, a las investigaciones de los especialistas. Estos para introducir más confusión en nuestras mentes nos advierten que su propósito al estudiar tales cuestiones es meramente el de favorecer a quienes piensen insertar tales cláusulas en sus contratos a soportar las dudas y el caos que de ellas pudiera derivarse (3). Ello implica que se mantiene el criterio desfavorable ya expuesto, pero no parece que se comparta el de que tales cláusulas están prohibidas (4).

La realidad es que el Derecho inglés en materia de arbitraje está cambiando. Los nuevos criterios se insinúan en la Arbitration Act de 1979; un anteproyecto de nueva Ley sobre el arbitraje, circula para conocimiento de los grupos interesados y comités de juristas. El sistema parece estar en revisión. Por otra parte en materia de arbitraje internacional no será difícil encontrar opiniones diametralmente opuestas a las que hemos expuestos y referidas no a la legislación futura sino a la vigente.

La cuestión tiene importancia, porque la admisión del arbitraje de equidad dentro del sistema del arbitraje comercial internacional, depende según los Convenio Internacional de lo que dispongan las leyes aplicables al arbitraje. Así lo dicen el artículo 7.2. del Convenio de Ginebra de 1961 y el artículo V.1. a) del Convenio de Nueva York de 1958. En consecuencia para que pueda concertarse un arbitraje de equidad, en el que se aplique la ley inglesa, es necesario que esta reconozca la validez y efectos de la cláusula de arbitraje de equidad.

II. La atenuación del rigor del principio de aplicación necesaria del Derecho por el árbitro. Las cláusulas de "hardship"; las cláusulas de "freedom for technicalities and strict construction"; la de "filling of gaps" y de "adaptation of contracts".

A) La posición negativa tradicional de Tribunales y juristas ingleses frente a la cláusula de equidad, tenía lógicamente que estar contrapesada por otras cláusulas distintas de creación jurisprudencial o por la praxis que se enfrentaren al problema de superar el rigor de la Ley en controversias privadas nacionales o internacionales (5). Sería absolutamente ingenuo pensar que a cambio de tal negativa no podía el Derecho inglés dar una solución a los problemas contractuales a los que vamos a referirnos.

B) En primer término trataremos de las cláusulas de "hardship" encuadradas en la materia denominada "Rectification of contract". Por exigencias de la exposición y por razón del método de contraste entre diversas instituciones trataré en este mismo apartado II de las cláusulas de "adaptation of contracts y de las relativas al "filling of gaps" (6).

a') Exámen de la cláusulas de "hardship"

La naturaleza de estas cláusulas merece algunas observaciones. Se trata de establecer un mecanismo contractual, que permita la readaptación del contrato a nuevas circunstancias. Estas deben implicar una modificación importante de las bases del negocio inicialmente consideradas, y sobre las cuales se estableció el pacto principal. Esta modificación ha de hacer sufrir un rigor injusto (*hardship*) a cualquiera de ellas, para que la citada cláusula se aplique.

De ella surge la obligación de las partes de determinar la nueva organización contractual. No basta una mera tentativa. Es el deber de llegar, tras una honesta negociación, a una solución razonable; que frecuentemente está descrita en líneas generales, en la propia cláusula. Si no se cumpliera habría razón a pedir y obtener la resolución del contrato; así ocurre en las leyes italiana, francesa, suiza y alemana.

En algunos casos, la cláusula de *hardship*, prevé que si las partes no se ponen de acuerdo sobre el reajuste de las prestaciones, las partes recurrirán al arbitraje previsto en la cláusula arbitral. Tal fue el caso del contrato de venta del gas del yacimiento Ekofisk en 1973. En tal caso los árbitros pueden determinar las condiciones de la readaptación contractual.

En el derecho inglés estas cláusulas se colocan bajo el concepto de "Rectification of a contract". No se opone dificultad alguna siempre que conste claramente la facultad que se concede a los árbitros. Las fórmulas habituales empleadas en la cláusula arbitral pueden producir amargas decepciones. Es necesario cuidar de que se exprese claramente lo que se pretende.

b') A diferencia de otros sistemas continentales, en los que readaptación contractual es considerada como un remedio extraordinario, en el Reino Unido y en los Estados Unidos de América están más dispuestos a ello —siempre que se pacte expresamente— ya que la doctrina de la "frustration" del contrato, les permite admitir que cuando las circunstancias en las que una obligación debiera cumplirse, la hicieran radicalmente diferente de la obligación inicialmente concertada, no es susceptible de ejecución. Ello no quiere decir que en Inglaterra constituya una solución automática; es necesario pactarla.

c') Esta cláusula de "rectification of a contract" o de "hardship" debe ser diferenciada cuidadosamente de la "adaptation of contract" y de la "filling of gaps" que tienen un régimen distinto.

Por la primera se trata de reescribir las cláusulas del contrato para ajustarlas a lo que las partes realmente acordaron, pero escribieron incorrectamente. Se trata no de una cláusula arbitral, sino de una facultad de los árbitros que se presume siempre que la redac-

ción de la cláusula arbitral estuviere libre de restricciones y condicionamientos (adaptation of contract).

En cuanto a la segunda la cuestión es más complicada. Brevemente lo diré pues sólo trato de intentar distinguirla de la cláusula de "Rectification of a contract". Cuando las partes que tienen continuas relaciones de negocios han omitido regular en su contrato un determinado evento, que posteriormente se produce, suele ser costumbre deferir la cuestión a un tercero, llamado "helpful outsider", como si fuera un tribunal arbitral, para que dicte una decisión acerca de como debe ser tratado el suceso emergente. Otro supuesto se produce cuando las partes han concertado un contrato a largo plazo y al correr del tiempo las circunstancias cambian. En tal caso recurren a un Tribunal arbitral para que resuelva acerca de los que debe hacerse.

A primera vista puede conocerse de que se trata de dos problemas parecidos en su ámbito; pero no idénticos en su esencia. En ambos casos, es un tercero el que va a cumplir una tarea que se clasifica de "innovativa" por los juristas ingleses. En el primer caso se trata de llenar o cubrir una laguna del texto de un contrato (filling of gaps); en el segundo de reordenar y adaptar un contrato a las nuevas circunstancias. En el primer caso encomiendan la resolución a un particular, en el segundo a un Tribunal Arbitral.

Aquí observamos una diferencia esencial, la CCI en sus Rules for Adaptation of contracts 1978, dice que puede considerarse posible se conceda a un árbitro normalmente designado, el poder y no la simple recomendación que en el primer caso se confieren a un tercero externo al arbitraje. En este caso se plantean dudas acerca de la validez de la decisión del tercero. En muchos países se distingue entre arbitraje jurisdiccional y arbitraje contractual y sólo el primero puede ser considerado verdadero arbitraje, lo que no ocurre con el segundo en el que la resolución que se dicta origina grandes dudas sobre su verdadera naturaleza y por tanto acerca de la validez de la decisión del árbitro, la que queda al ser resultado de un mero contrato, fuera del campo de las reglas aplicables al arbitraje. Estos son los riesgos de utilizar el sistema mencionado.

C) La libertad del árbitro frente a los "technicalities". "The freedom for technicalities and strict constructions".

a') El lenguaje anglosajón emplea la palabra "technicalities" para expresar aquellas cuestiones no esenciales que tienen su origen en una estricta interpretación de las reglas. Las "strict constructions" son las interpretaciones rigurosas y literales a ultranza que completan la aplicación de la ley con mil requisitos innecesarios.

La cláusula que concede al árbitro libertad frente a las "technicalities", le libera de

las interpretaciones estrechas y estrictas de la regla jurídica.

En resumen, permite al árbitro eximirse de una interpretación rigurosa y literal de la ley (strict construction) y tomar alguna distancia de la redacción de las cláusulas contractuales.

b') El contenido de la cláusula abarca, según la opinión más razonada, no sólo a las cuestiones de procedimiento sino además algunas reglas materiales. Como ejemplo de ellas se cita el caso en el que según las reglas del Derecho, una persona puede perder los suyos, si no hubiere actuado en determinado sentido y momento, y por el contrario el árbitro entendiéndose según el contrato mercantil que relaciona a las partes, que debe conservarlos, y que atendiendo a las circunstancias del caso la Justicia le permite actuar así. (Sir Michael Mustill y Steward G. Boyd opinan así Commercial Arbitration. Londres. Sweet y Maxwell pág. 82). La cuestión puede complicarse cuando la pérdida de un derecho derive de una ley de orden público. Los árbitros no gozan de libertad absoluta: por ello la cláusula que examinamos no puede interpretarse en el sentido expresado.

Por otra parte la doctrina reconoce que la libertad frente a las "technicalities" no supone que siempre pueda llegarse a un resultado justo. Muchos casos de injusticia puede producirse por aplicación de las reglas de la Ley y de las cláusulas del contrato, y realmente tales materias no son "technicalities". Es decir la cláusula que analizamos no sirve siempre para alcanzar una solución justa. La libertad que se concede al árbitro no alcanza ni a modificar el contrato, ni a transgredir la ley. La información por mi consultada permite lamentar que no haya aparecido todavía ninguna sentencia de la High Court declarando el alcance de esta cláusula, que a mi juicio supone un método de abrir paso a la —por mí llamada— "aequitas minor", es decir la que opera sobre la aplicación de un texto jurídico vigente.

No dejo de reconocer que la opinión de Mustill y Boyd antes expresada parece salirse de la "aequitas minor" y penetrar en el territorio de la "aequitas maior", es decir la que funda con carácter exclusivo y excluyente una resolución sin apoyo expreso en texto positivo directamente aplicable.

III. El arbitraje de equidad en el comercio internacional según el Derecho inglés.

A) Hemos expuesto la tradicional posición del Derecho de Inglaterra respecto del arbitraje de equidad. Nos toca ahora considerar su posición ante el arbitraje internacional de carácter comercial.

Las ideas en esta materia van cambiando. El tiempo devorador de las cosas,

("edax rerum" lo llamaron los clásicos), plantea nuevos problemas que postulan otros criterios. No sólo ocurre que Inglaterra tiene en estudio una reforma de su ley de arbitraje, no sólo existe la presión que supone la adhesión por el Reino Unido a los Convenio Internacional de Nueva York y de Ginebra y Washington, que han recogido a una amplia práctica del arbitraje de equidad, aunque reservando su admisión los dos primeros a la ley de cada país. Ocurre que aquí y ahora las ideas están evolucionando. La más moderna doctrina considera es posible el arbitraje de equidad en el campo del comercio internacional según la actual ley inglesa. La institución es conocida como amigable composición y también como arbitraje "ex aquo et bono".

B) En resumen se admite que el amigable componedor pueda separarse de las exigencias de las reglas legales o de las cláusulas contractuales, cuando la aplicación de unas y otras no le permita llegar a una justa resolución de la controversia, siempre que se hubiere concertado un pacto de exclusión de la apelación, conforme a la Sección Tercera de la Arbitration Act de 1979. Así se pronuncian Alan Redfern y Martin Hunter en su obra *International Commercial Arbitration*. Maxwell y Sweet. Londres. 2ª edición, ág. 35).

Esta afirmación se completa por los autores citados con dos observaciones colaterales. La primera es que cuando se dice que un Tribunal arbitral, actuando en vía de amigable composición está fundándose en equidad, más bien que en la ley estricta, debe tenerse en cuenta que "equidad" en este contexto no se refiere a algún sistema de reglas específicas y recursos como es entendido en los países de la "common law", en los que este concepto se refiere a la ley de equidad creada por el Tribunal de la Cancillería Real en el reinado de Enrique VIII cuando el Cardenal Wolsey ocupó aquel cargo, y en épocas posteriores con el fin de corregir los defectos de la "common law". Este sistema no está comprendido por la voz "equidad" que se usa en el arbitraje. La segunda observación es que el Tribunal arbitral en este caso, sólo está limitado por las reglas de orden público y algunas disposiciones imperativas de la "lex arbitrii". Otra ventaja es que los árbitros no tienen que ser juristas. La legislación puede limitar esta libertad.

IV. Los usos y costumbres. La Lex Mercatoria.

A) La primera cuestión que se plantea respecto de los usos es la de saber si el árbitro —arbitrator en Derecho inglés— puede desconocerlos y por ello resolver en contradicción con ellos.

En su evolución histórica este ordenamiento atiende a la naturaleza de aquellos y por medio de la aplicación de la teoría de la costumbre, entiende que tanto los usos como las costumbres, constituyen la esencia (substance) del contrato. Desde esta posición de partida, la cuestión que examinamos se reconduce a la doctrina antes tratada respecto de la

modificación de los contratos. Puede por tanto, concluirse que el "arbitrator" podrá resolver separándose de la costumbre o de los usos, cuando tenga facultades para exceder o sobrepasar las estipulaciones de un contrato. Es creencia extendida que en la práctica esta facultad tiene pocas ocasiones para ejercerse por cuanto los usos y costumbres son, normalmente, la expresión de lo que los hombres de negocios consideran como justo y razonable.

Las reglas contenidas en el modelo de Ley de la UNCITRAL y en el Reglamento de la CCI requieren unánimemente que el árbitro tenga en cuenta los usos de comercio.

No existe la misma disciplina en el Convenio Europeo sobre arbitraje de Ginebra de fecha 21 de abril de 1961. Aquí se establece un régimen para el arbitraje de derecho y otro para el arbitraje de equidad. Respecto del primero el artículo 7.1. obliga a los árbitros "a tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos mercantiles"; en cuanto al segundo sólo dispone "que actuarán en calidad de amigables componedores si tal es la voluntad de las partes y se los permite la ley aplicable al arbitraje".

De ello se deduce que el árbitro de equidad requiere una doble habilitación. De una parte la de que la ley aplicable al arbitraje reconozca al de equidad; de otra la resultante de la voluntad de las partes expresada en la correspondiente cláusula. Hay que recordar aquí que el Reino Unido es parte adherida del referido Convenio, así como del de Nueva York de 1958.

B) En cuando a la "lex mercatoria" podemos decir que la posición inglesa frente a la misma es de suma desconfianza. No se admite su existencia como cuerpo legal internacional, desligado de toda relación con los ordenamientos positivos. Se reconocen ciertos principios generales, como los de "pacta sunt servanda" y "rebus sic stantibus", pero se afirma que fuera de este nivel, cuando se trata de buscar una solución al caso concreto, la "lex mercatoria" no existe. No existe tampoco un claro criterio de aplicación de tales principios generales y el árbitro se ve obligado a adentrarse en un proceso de armonización de diversos sistemas de derecho mercantil con reglas tan secas y difíciles que resulta azaroso llegar al resultado que las partes han querido, sujetándose a los confusos preceptos de la "lex mercatoria".

V. El replanteamiento actual en los círculos especializados de Inglaterra de la validez de las cláusulas de equidad.

A) El relevante papel reconocido a los Tribunales de Justicia en el Reino Unido en orden a la interpretación, complemento y desarrollo del Derecho, desde épocas muy lejanas, obliga a los especialistas a investigar sobre la cláusula de equidad y sobre las razones que pueden justificar su admisión en el Derecho inglés tal como está formulado en la actuali-

dad, es decir según la Arbitration Act de 1979, a fin de proponer soluciones a los Tribunales de Justicia.

La razón está en la creciente presión que sobre la Ley británica está ejerciendo el ejemplo de muchos países en los que el desarrollo de la doctrina, de la legislación y de la jurisprudencia, han producido grandes transformaciones en el régimen del arbitraje comercial internacional. De otra parte el extraordinario crecimiento del comercio internacional en las últimas décadas hace que aquella presión se plantee en términos de urgencia.

Es presumible que dentro de un plazo no muy amplio, el Tribunal Superior —la High Court— se vea obligada a resolver expresamente sobre esta cuestión. Ello constituye la razón de ser de toda esta investigación sobre la cláusula de equidad.

En definitiva se trata, como dicen Sir Michael J. Mustill y Steward C. Boyd, de facilitar al Alto Tribunal el conocimiento de los más importantes estudios sobre la materia a fin de que elabore su propia resolución.

B) Con el habitual sentido circular de razonamientos de distinto radio, que suelen emplear los juristas ingleses en sus estudios, Redfern y Hunter nos dicen que el ámbito de la cláusula de equidad puede interpretarse del modo siguiente:

1º.- El Tribunal arbitral deberá aplicar las reglas pertinentes del Derecho, pero podrá omitir las que son puramente formales. Como ejemplo de estas últimas se citan las que exigen una forma determinada para el contrato.

2º.- El Tribunal arbitral deberá aplicar las reglas pertinentes del Derecho, pero podrá omitir aquellas cuya aplicación resultase distorsionante o injusta en el caso concreto.

3º.- El Tribunal puede decidir según los principios generales del Derecho.

4º.- El Tribunal puede ignorar toda clase de reglas jurídicas y resolver el caso según sus propias razones.

Salvo la posibilidad señalada con el número cuatro que es rechazada por los autores, según se nos dice, las demás pueden ser admisibles. Se resumen en una regla según la cual el Tribunal Arbitral debe resolver en todo caso conforme a algunos principios legales. Debe alcanzar su decisión basándose en la consideración de los hechos y de las cláusulas del contrato, siempre que se asegure de que estas no operan injustamente en detrimento de una de las partes (ob citada; pág 122).

Nos parece que estos momentos en los que se estudia y analiza en el Reino Unido

un nuevo proyecto de Ley sobre el arbitraje y cuando se ha renunciado a aceptar el modelo de UNCITRAL, es que algo está pasando en las ideas y en los hombres, que parecen inclinarse hacia un cierto reconocimiento de la cláusula de equidad. Esta parece estar a la vista.

Notas

- (1) No debemos sin embargo quedarnos con esta primera impresión. La legislación y la práctica inglesa en esta materia tienen muchos más matices; son más complicadas. Con anterioridad a la vigente ley de 1979, la amigable composición era conocida por los Tribunales ingleses aunque se negaban a calificarla como arbitraje. Una Sentencia citada numerosas veces declaró en 1978 que "la cláusula de amigable composición es completamente razonable y no excluye el control de los Tribunales, sino únicamente las reglas técnicas y las estipulaciones estrictas". *Eagle Star Ins. Co. Ltd. v. Yuvel Ins. Co. Ltd.*; 11 L.R. 357. Están lejos los tiempos en los que la doctrina afirmaba con vigor que los árbitros deben juzgar con arreglo a derecho. Existe una evolución desde hace tiempo que ha cuarteado el sistema. Pero lo que no debe esperar el estudioso es que la modificación se proclame abiertamente. Hay que deducirla de modificaciones procesales y de la práctica consiguiente. Siempre han tenido las leyes de procedimiento una importancia excepcional en el derecho inglés (Recuérdese el antiguo adagio del "Remedies precede rights" vigente en otras épocas). Las facultades de los Tribunales son amplísimas en esta materia.

La Arbitration Act de 1979 ha abolido el procedimiento de "case stated" que fue muy criticado en el extranjero y la causa de que en los contratos internacionales se evitase organizar el arbitraje en Inglaterra como recuerda Sanders (*Revue de l'arbitrage*; 1980, pág. 239).

La esencia de esta facultad de los árbitros consistía en que podían suspender el procedimiento, y consultar al Tribunal como podía ser resuelta, una o varias cuestiones de las que conocían. Este es el sistema del "special case" o "case stated". De otra parte los árbitros también podían y hasta debían, en determinados supuestos, someter al Tribunal los hechos que hubieren estimado probados, y dos propuestas de resolución de carácter alternativo, establecidas sobre la base de los referidos hechos. En estos casos se hablaba de laudo pronunciado en la forma de special case (award stated in the form of a special case).

La supresión de este sistema, ha afectado profundamente al principio legal y doctrinal de que los árbitros deben resolver según el derecho. Para no borrarlo totalmente, la Ley de 1979 permite interponer contra el laudo arbitral un recurso fundado en un motivo que recoge el error de derecho, cometido por el árbitro.

Más este recurso está sometido a una serie de limitaciones a las que más adelante nos referiremos.

La situación, aún siendo compleja, permite decir que "en la mayoría de los casos los árbitros ingleses pueden, sin temer la anulación de su sentencia, dar al litigio la solución que consideren equitativa y los comerciantes que recurren a ellos no esperan una aplicación estricta del derecho. Sin embargo no sería una buena política, ni quizá tampoco de buen gusto destacarlo; una cierta hipocresía no viene mal en un país en el que el derecho se ha desarrollado ampliamente por medio del recurso a ficciones legales" (Rene David; *L'arbitrage. Economica*. París. 1982. pág. 261).

- (2) Otro punto en el que puede detectarse la evolución del sistema jurídico inglés en orden al arbitraje está constituido por el llamado arbitraje judicial. Esta institución procesal permite, por acuerdo de las partes, conferir al Juez el poder de resolver la controversia como un árbitro. Importe precisar aquí que ello no supone que el Juez vaya a resolver en equidad. Eso sería ir demasiado deprisa. Significa tan sólo, que el Juez podrá establecer más libremente las reglas de procedimiento, y asimismo que no estará sometido de un modo estricto a las reglas que rigen el sistema probatorio inglés. También puede decirse, que el sentido que la doctrina y práctica inglesa dan a este arbitraje, implica una cierta matización de las reglas del derecho positivos, según nos dice el autor antes citado.

Además debe observarse una importante diferencia. Las disposiciones de la "common law" obligan a que la sentencia arbitral sea tratada como un contrato. Es necesario acudir a los Tribunales para obtener su ejecución. Por el contrario en la "statutory arbitration", es decir el arbitraje regido por la ley, el "exequatur es pronunciado por el master", un auxiliar del juez después de un control que en opinión de los especialistas es de mero carácter formal y quedando muy reducidas las posibilidades de interponer un recurso.

- (3) Mustill y Boyd (*Comercial Arbitration*, pág 76, nota 12) reconocen que el "problema" de que tratan, recibe poca atención de los especialistas extranjeros y que muchos Códigos reconocen la facultad de que los árbitros actúen como amigables compondores si el contrato así lo declara. También reconocen que la validez de la cláusula de equidad y su compatibilidad con un contrato obligatorio no están por consiguiente en duda por lo que los Tribunales y los juristas no se encuentran bajo presión para forzar una artificial interpretación de la cláusula en orden a salvar el contrato. Aquí ante un caso de política comercial, se trata de salvar al contrato de la ineficacia sobrevenida por nulidad de la cláusula de amigable composición. Esta es la razón de sus alegatos pensados para un caso concreto sometido a los Tribunales

- (4) Estamos ya muy lejos de aquella época en que se negaba la naturaleza de arbitraje en el Reino Unido y en los países de la "Commonwealth" a los convenios de equidad.

(Domke 255 y 259) The Law and the practice of the commercial arbitration. El epitafio de esta época puede resumirse en las palabras pronunciadas en 1875 por Jessel M. R. y que dicen así: "Numerosas reglas rigurosas, más bien absurdas, han sido establecidas en una época en la que los Tribunales parecían considerar el hecho de estipular un arbitraje como una cosa condenable o como una tentativa de intentar burlar la competencia de los Tribunales (Rispley V.G.N. Ry 31 LTR (NS) 869 (Ch 18759)).

- (5) En apoyo de esta doctrina está el dato de que muchas partes opinan que es la primera función de la cláusula de equidad.

Se afirma que los hombres de negocios se quejan frecuentemente de que los tribunales "leen los contratos en una perversa vía literal" y de que carecen de la formación comercial necesaria para discernir las verdaderas intenciones que están enmascaradas por un inexacto uso del lenguaje". Mustill y Boyd de quienes tomo esta referencia sostienen que si bien los comerciantes pueden estar de acuerdo cuando el Tribunal ha escogido una interpretación equivocada, les resulta difícil coincidir en cual es la acertada y cita un ejemplo concreto. Obra citada; pág. 79 nota 18).

- (6) La cláusula de "undue hardship" forma parte de la extensa gama de pactos, que regulan la adaptación del contrato a circunstancias o eventos futuros que pueden romper el equilibrio del mismo. Ellas permiten, unas veces la revisión automática del contenido de las obligaciones, y otras la revisión, bajo el control de las partes (de Boisseson ob cit. pag. 642; donde cita a Fabre, Les Clauses d'adaptation dans les contrats RTD civ 1983, pp 1 et ss).

Entre ellas podemos citar las cláusulas relativas a la moneda de cuenta, y a las cláusulas índice, que atienden a excluir que el riesgo monetario pueda caer solo sobre una parte. Sin embargo a los efectos que nos interesan y bajo el nombre de cláusulas cuyo contenido es montar un mecanismo de adaptación, debemos referirnos a varios tipos cuya singularidad se origina por las características del sector comercial internacional al que corresponden y a sus peculiares intereses (Bruno Oppetit, L'adaptation des contrats internationaux au changement des circonstances, J.D.I. 1974 pág 796).

Dentro de este grupo nos referimos a las cláusulas de variación, o renegociación de precios, según el mercado mundial, o según los precios practicados en los grandes

países productores de minerales; la cláusula de repercusión del aumento de precios del petróleo a la salida de los países productores (government take clause) en el sector del petrolero; la cláusula de alineación con una oferta concurrente, por la que el

vendedor se compromete a conceder al comprador una baja de precio igual a la que practican sus competidores, la cláusula del cliente más favorecido; la cláusula de fuerza mayor y la que nos interesa aquí especialmente es decir la cláusula de "undue hardship" o más brevemente de "hardship".

Su perfil específico —dentro del panel de las cláusulas de adaptación de los contratos— que la diferencia de las demás, es accesible a nuestra aproximación, si atendemos a su contenido peculiar y a la "geometría" de las situaciones que origina.

En cuanto al primer aspecto diré que consiste en un compromiso de las partes, inserto en el contrato principal, y del que constituye parte, por el que aquellas se obligan a renegociar el contrato, si se produjere una variación de los datos iniciales a la vista de los cuales se comprometieron, y que afectase al equilibrio del contrato, originando que una de ellas sufre un rigor (hardship) injusto. Así se produce Oppetit en el trabajo antes mencionado.

Una vez precisado su contenido diré que como es notorio la "geometría" del contrato sólo afecta a las partes y no a los árbitros ni siquiera de modo indirecto. No se trata de una cláusula arbitral, sino de una cláusula sustantiva o material.

Es una cláusula más del contrato, de contenido sustantivo que impone a las partes una obligación personalísima de hacer algo cuya naturaleza, extensión y contenido no puede precisarse cuando se redacta. Se trata de la obligación de renegociar de buena fe y en términos razonables la adaptación del contrato.

Teniendo en cuenta que la naturaleza de estas obligaciones no permite cumplimientos sustitutorios salvo el caso de precepto o pacto en contra, no puede entenderse que el árbitro pueda entrar a negociar la readaptación del contrato.

La obligación de la que se trata, por su propia y peculiar estructura de obligación de hacer, no puede ser entendida como un mero deber de iniciar una tentativa de negociación sino que constrañe llegar a un resultado concreto, es decir a la readaptación del contrato según la cláusula de hardship.

La doctrina entiende que una violación de este deber jurídico, por alguna de las partes permitiría que la otra pidiera a los árbitros la resolución del contrato fundándose en los correspondientes preceptos de la Ley. (Art. 1184 del Code civil francés; 1453 del italiano; 107 del Código Suizo de obligaciones; 346 y siguientes Secciones del B.G.B.

La práctica conoce el caso de cláusulas de hardship en las que se dispone que si las partes no llegasen a un resultado en el reajuste del contrato, podrán acudir al arbitraje organizado de conformidad con la cláusula arbitral que el contrato contiene. Aquí varía la "geometría" de la cláusula, es decir el sistema de vínculos jurídicos que contiene el espacio, no físico, pero real, de las acciones humanas, a las que es aplicable la cláusula en su función normativa. Esta aquí no sólo vincula a las partes sino que trasciende su anterior límite personal y afecta a los árbitros. Ello se construye como excepción a la regla general y además se condiciona a que las partes decidan acudir a esta vía. Entiendo que esta posibilidad no depende del acuerdo de ambas partes; basta que una lo pida. En tal caso los árbitros están facultados expresamente para señalar la readaptación, concreta y adecuada del contrato. Así se produce el contrato Ecofisk concertado por Philips Petroleum Company Norway y un consorcio de compradores celebrado en 1973.

La finalidad de la cláusula del hardship es la de recuperar el equilibrio inicial de las prestaciones considerado por las partes, al concertar el contrato y desfigurado por acontecimientos posteriores. Se funda por tanto en razones de equidad y por ella se pretende restaurar la economía de aquél.

Si comparamos su estructura con la propia de las cláusulas de fuerza mayor podemos decir que estas últimas atienden a uno o varios eventos limitativamente enumerados comprendidos en una enumeración general de carácter restrictivo, y que su aplicación supone la extinción del contrato, por regla general aunque hay fórmulas para reconducirla a una adaptación del contrato. Por el contrario la cláusula de hardship tiende a conservar la existencia del contrato y hacer posible su ejecución dentro de un equilibrio racional y equitativo. La diferencia de esta cláusula con las cláusulas de revisión de precios, según índices establecidos, es notoria pues los reajustes en estas, se producen dentro de ciertos límites, mientras que la cláusula de hardship no conoce ninguna limitación ni en cuanto a las cláusulas, ni en cuanto a la cuantía de los reajustes.

Esta importante vía de acceso de la equidad a las controversias sobre contratos, puede explicar aquella inicial observación de Mustill and Boyd y que les hace preferir en principio esta cláusula a la de equidad en el sentido habitual.

Su aplicación en el arbitraje debe situarse en el contexto de las declaraciones de la jurisprudencia arbitral internacional, que proclamando el principio de buena fe en la ejecución de los contratos internacionales, ha declarado que existe una obligación real de las partes de aplicar la cláusula a la que nos referimos y por tanto a renegociar o readaptar el contrato (Vid. de Boissessor; ob cit. pág 645).

Como hemos visto es cláusula que permite diversas modalidades. Es cláusula de geometría variable.

Aquí termino este análisis sobre la cláusula de equidad según el derecho inglés. En el arbitraje internacional se abre como se ha visto un cierto camino para su empleo.

Sección VIII. El arbitraje de equidad en el derecho alemán.

I. Una primera aproximación.

A) En el proceso histórico jurídico de los Estados alemanes, se advierte desde la Edad Media —siglo XIII— una acusada influencia de las concepciones del derecho canónico. A favor de ella actuó la convicción profunda de que este derecho y sus principios, constituyen por su espíritu, una concepción superior de la justicia, no abstracta, sino ajustada al caso concreto. Además y como elemento coadyuvante se producía aquí una feliz coincidencia con la antigua praxis de los pueblos germánicos (1).

La visión esencial del arbitraje en Alemania fue la de considerar al arbitraje como un procedimiento especial de solucionar las controversias en el que se aplican por el árbitro los instrumentos de la "benevolencia" (Gute) y de la "cortesía" (mine), con el fin de restablecer la concordia entre las partes.

No se trataba de un combate judicial, según el derecho. Se trataba de ajustar los intereses comprometidos, eliminando las pretensiones arbitrarias o injustas, y procurando atender a las que fueren razonables. Todo ello se contemplaba desde el punto de vista de la equidad y no desde el que correspondía al derecho entonces vigente.

B) Desde muchos siglos atrás el convenio arbitral fué reconocido como obligatorio, sin necesidad de estipular ninguna cláusula penal, a diferencia del derecho romano antiguo. Esta visión contractual, llevó a calificar la sentencia arbitral como un complemento del contrato, o lo que es lo mismo, a entender que carecía de fuerza ejecutiva. Para alcanzar esta cualidad era necesario pedirlo ante el Tribunal competente. Hace algunos años (2) se admitió por el derecho positivo una vía de ejecución especial para las sentencias arbitrales.

C) De las premisas expuestas puede fácilmente deducirse que, dentro de la evolución del derecho alemán, el arbitraje fué concebido bajo la forma que se ha llamado la amigable composición, en sentido amplio y que hoy podemos denominar arbitraje de equidad para diferenciarlo del sistema francés. Como consecuencia de ello, y por estar implícito en la conciencia común de los pueblos germánicos, el derecho positivo no distinguió

durante muchos siglos entre arbitraje de equidad y arbitraje de derecho (3). La tradición jurídica al correr los años y las ideas fue desoída y se pagó importante tributo a las ideas del siglo XIX. El arbitraje de equidad quedó relegado. La oleada legalista obligó a establecer una reforma en la que se dijo que si las partes no hubieran manifestado claramente una intención contraria, el árbitro debía resolver en Derecho. Ello obviamente hacía que el arbitraje de derecho adquiriese una posición predominante, pues en las costumbres no entraba la necesidad de tal pacto.

D) Más este dato es un aspecto parcial de la historia del Derecho alemán en los tiempos modernos. Los árbitros jamás estuvieron obligados a seguir las leyes procesales. Por otra parte la mayoría de la doctrina estimaba que la estipulación de las partes por la que se dispensa a los árbitros de ajustarse al derecho estricto, podía ser incluso tácita. El carácter esencial del arbitraje alemán, se aleja de la noción de arbitraje según derecho, ya que no se admitía recurso contra la sentencia arbitral. Si las partes se reservasen la facultad de apelar contra la misma, la doctrina estima que en tal caso no existe un verdadero arbitraje. Esta regla fue obra de la Escuela de los Pandectistas en el siglo XIX. Anteriormente se permitía impugnarla cuando fuere contraria a la equidad. Un supuesto de ello era la "lessio enormissima".

Solamente dentro del procedimiento de "exequatur" se puede ejercitar la acción oportuna para que fuese rechazada y anulada aquella. La doctrina entiende que esta concentración del examen de la sentencia en una única instancia es una gran mejora en la regulación del arbitraje y ha servido de modelo en muchos países.

El derecho alemán actual no regula expresamente en sus textos positivos al arbitraje de equidad (4). Sigue así el sistema de las legislaciones de Estados Unidos, Japón y algunos países escandinavos (5). Es el sistema dualista implícito que no obsta a la realidad de arbitraje de equidad que inspira como tradición jurídica a las leyes alemanas.

La existencia de este sistema es obra de la práctica reconocida por la jurisprudencia. Pero en el derecho alemán, a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas jurídicos, es necesario una autorización expresa de las partes, a fin de que se abra la vía del arbitraje de equidad (6). Las modificaciones recientes de la ZPO por la ley de 1986 no han modificado el sistema en este punto (7).

II. Algunas notas complementarias sobre el sistema del arbitraje de equidad según el derecho alemán contemporáneo.

A) Como ya expresé anteriormente, la Zivilprozessordnung alemana no distingue si el árbitro funda su resolución en derecho o en la equidad. Después de haberse reformado

el texto en julio de 1986, este dispone que la decisión arbitral no puede ser "manifiestamente contraria a los principios esenciales de la Ley alemana "ni resultar incompatible con la Ley Básica" es decir, con la Constitución. (Sección 1041.2.ZPO). La ley no señala cuando puede decidir de una u otra manera. Queda reservada la elección a las partes. Si estas, expresa o tácitamente han dispensado al árbitro de la estricta aplicación de las reglas sustantivas de la Ley alemana, el árbitro queda autorizado para resolver según equidad (Billigkeitsentscheidung), siempre que su resolución no quebrante las reglas de la moral o el orden público. También en este caso el árbitro "ex aequo et bono" debe tener en cuenta las cláusulas del contrato y los usos del comercio de que se trata. (8). Si el laudo no se ajusta a los límites expresados será posible interponer contra el mismo un recurso de anulación. No se distingue entre arbitraje interno y el internacional.

B) De cuanto se lleva expuesto resalta la extraordinaria apertura, el amplio espacio de libertad, que la Ley alemana reserva al árbitro. Este sólo depende de los principios esenciales de la ley alemana y de la Constitución. Al árbitro de equidad se le impone además expresamente la obligación de respetar las buenas costumbres y el orden público. Todo lo demás entra en el campo de sus facultades, siempre que lo haya razonado en el laudo. La ley atribuye a las partes la facultad de dispensar de motivación el laudo a los árbitros. No se tiene noticia de que se haya hecho uso de ella.

Estamos muy lejos de la concepción de otros países como Francia y sobre todo Inglaterra. Aquí el derecho positivo —salvo el comprendido dentro de los otros círculos de inmunidad (orden público y buenas costumbres)— antes señalado ha quedado reducido a los principios esenciales de la Ley alemana y de la Constitución. Esta regla orilla numerosas disposiciones legales y reglamentarias que podían pesar mucho sobre el arbitraje de equidad reduciéndolo a poco más que una caricatura. Este sistema refleja el profundo sentir del genio germánico que actúa como fuerza vivificante de tan liberal ordenamiento. Los árbitros pueden ser autorizados por las partes para adaptar el contrato a las nuevas circunstancias emergentes y a completar las lagunas de su texto.

La reforma producida por la Ley de 15.7.1986 sobre el Derecho internacional privado alemán (Gesetz zur Neuordnung des internationalen Privatrechts) ha sido esencial. Ha abierto las puertas de Alemania al arbitraje internacional. Es producto de la lúcida visión del legislador que atendió a las peticiones de los especialistas alemanes del arbitraje.

La nueva y más concreta noción del orden público incorporado a las secciones 1041 (antes citada) y 1044 de la ZPO reduce el ámbito de esta a sus justos límites. La sentencia arbitral es alemana, cuando se ha aplicado la ley alemana de procedimiento. Ello "permite" —cuando se trate de arbitraje con sede extranjera— que el laudo pueda ser recurrido en nulidad ante los Tribunales alemanes.

Notas

- (1) David; René. Ob. cit. pág. 139. Aquí el autor citado niega que en dichas tradiciones locales se encuentre el origen del arbitraje alemán. Es producto de un conjunto de fuentes.
- (2) En 1930 según Schlosser. Rev. Arb. 1978, nº 3.
- (3) David René. Ob. citada. pág. 139. Se afirma que a diferencia de los países latinos, nunca se ha obligado a seguir las reglas del derecho al amigable componedor.
- (4) Sería inútil que busquemos en sus textos ninguna regla específica de desarrollo del arbitraje de equidad. Como buena prueba de que no todo el derecho está incluido en la ley, esta situación no obsta al reconocimiento y aplicación del arbitraje de equidad. El silencio de la ley es un reconocimiento y no una prohibición.
- (5) El sistema alemán está compuesto por unas disposiciones de carácter común a todo arbitraje y un cuerpo de jurisprudencia. Ambos encuadran una práctica secular. En cuanto a la cláusula o convenio arbitral se exige se pacte expresamente el arbitraje de equidad.
- (6) La consideración de que silencio no es igual a prohibición, la vigencia de la tradición jurídica alemana y el respeto a la voluntad de las partes, expresada en el convenio arbitral, ha llevado a la mayoría de la doctrina en estos casos a reconocer la existencia del arbitraje de equidad.

Más el derecho alemán subordina el arbitraje de equidad a la expresa determinación de las partes. Adopta así una posición contraria a la de los Estados Unidos en la que no es necesaria una cláusula de equidad para que el árbitro pueda separarse del derecho estricto. Ya dijimos antes que la doctrina alemana entiende que la determinación del arbitraje de equidad puede ser hecha tácitamente por las partes. La recta interpretación de este precepto parece llevarnos a decir que es necesario existan índices claros de tal voluntad, aunque pueda prescindirse del formulismo de expresarlo con palabras concretas y determinadas. Afirmar lo contrario parece imposible.
- (7) En resumen podemos decir que el sistema alemán es considerado como uno de los más abiertos y liberales y que la nueva ley hará de Alemania una importante sede del arbitraje.
- (8) Así lo expresa Glosner International Handbook on Commercial Arbitration, voz: Federal Republic of Germany.

Sección IX. El arbitraje de equidad en los convenios internacionales.

A) La indagación hecha en las Secciones anteriores, acerca del régimen del arbitraje de equidad debe completarse con algunas consideraciones sobre los convenios internacionales relativos al arbitraje comercial internacional.

La primera observación que puede hacerse es que estos convenios se producen a lo largo de un amplio período, y que en este camino las ideas, y los problemas han variado, motivando la creación de nuevas reglas que expliciten, o completen las adoptadas en un primer momento.

Una primera clasificación puede establecerse atendiendo a los Convenios que no mencionan especialmente en su texto el arbitraje de equidad y distinguiéndolos de aquellos otros que tienen opuesto criterio. Sobre esta base diré:

En el primer grupo, constituido por aquellos Convenios que guardan silencio sobre el arbitraje de equidad o sobre la amigable composición están los de Ginebra de 1927 y el de Nueva York de 1958. El hecho de no mencionar al arbitraje de equidad no impide considerar que este se incluya en el supuesto de hecho de sus reglas que están redactadas con carácter general, sin exclusión alguna. Ello es lógico porque la cuestión sobre la validez de la cláusula arbitral o compromiso se remite a la ley aplicable a la misma y queda fuera del ámbito de aplicación del Convenio (artículo 1º, apartado a), del Convenio de 1927 y artículo V, apartado a) del Convenio de Nueva York de 1958). Estos textos vigentes demuestran que no existe ninguna prohibición ni desconocimiento del arbitraje de equidad.

La razón de ser de este sistema está en la diversidad de los vigentes en los Estados contratantes y las discrepancias existentes sobre la cuestión de que tratamos. No se quiere regular nada sobre esta última y se atribuye a las leyes de los Estados la regulación del caso. Es un acuerdo sobre el desacuerdo existente, que permite que el Convenio funcione con los más opuestos sistemas.

B) El Método adecuado lo encuentran los redactores del texto en dicha doble fórmula: Primero el reconocimiento de la competencia de las leyes aplicables y después en el silencio. Es evidente que este no puede ser interpretado como prohibición del arbitraje de equidad. El Convenio no es una ley prohibitiva. Por otra parte una adecuada doctrina de la interpretación jurídica nos lleva a afirmar que lo prohibido ha de ser expresamente formulado, como restricción de un principio general de libertad. Lo contrario sería la negación del espíritu del derecho occidental. De ello se concluye que el silencio de tales Convenios es... sólo un silencio, sin entrar en valoraciones sobre este punto que remite a otros ordenamientos.

Ello supone que la admisión o prohibición en su caso del arbitraje de equidad, queda referida a otros ámbitos jurídicos, y que las normas del Convenio de que se trate son de por sí plenamente aplicables a las dos clases de arbitraje que aquí nos interesan.

C) En un segundo grupo los Convenios hacen expresa referencia al arbitraje de equidad, y sientan expresamente la doctrina que antes obteníamos del examen sistemático de los Convenios de 1923 y 1958.

Así el artículo VII.2 del Convenio Europeo de Ginebra de 1961, dispone que "los árbitros decidirán como amigables componedores si esta es la voluntad de las partes y lo permite la ley rectora del arbitraje". Hay aquí una clara preeminencia de la voluntad de las partes, pero esta ha de actuar dentro de la esfera de libertad que le concedan las disposiciones vigentes en cada caso. Este Convenio, tiene un ámbito personal no idéntico al de 1958. Sus principios son esenciales para el arbitraje internacional.

La cláusula comentada del Convenio de Ginebra de 1961, aparece repetidamente en los textos de otras disposiciones de naturaleza internacional.

Se recoge en el artículo 28.3 de la Ley Modelo de la UNCITRAL de 21 de Junio de 1985 y el artículo 33.2 del Reglamento de dicha Comisión de 15.12.1970 en los que ponen en el mismo nivel a la amigable composición y al arbitraje "ex aequo et bono".

El Convenio sobre arreglo de diferencias, relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (BIRD), suscrito en Washington en 18 de Marzo de 1965, permite que mediante acuerdo de las partes pueda el Tribunal decidir "ex aequo et bono" (artículo 43.3). Si no fuere así resolverá en derecho aplicando el derecho del Estado que fuera parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables (artículo 42.1).

Conviene recordar que los reglamentos de las instituciones de arbitraje recogen la posibilidad del arbitraje de equidad en virtud de la facultad que las partes pueden ejercer en la cláusula o convenio arbitral o fuera de ella. Así lo establece por ejemplo el artículo 13.4 del Reglamento de conciliación y arbitraje de la CCI de París donde se dispone que "el árbitro recibe los poderes de amigable componedor, si las partes se lo otorgan, de común acuerdo". Como este apartado está incluido en un contexto titulado "Misión del árbitro" en el que se precisa el modo de redactar el acta de misión de aquél, parece que puede conferirse el carácter de amigable componedor en dicho momento procesal.

D) Admitido así el arbitraje de equidad en el ámbito del arbitraje internacional justo es reconocer que su regulación por las leyes de los diferentes Estados que lo admiten

no suele ser muy completa. Es un concepto, es un valor cultural de larga historia. Las leyes estatales lo regulan con diferente criterio. no es igual el régimen de la amigable composición francesa que el del arbitraje de equidad alemán o suizo. Las leyes que se han dictado en diferentes países para dar eficacia al régimen de los Convenios internacionales han completado las escasas reglas anteriores. La doctrina y la jurisprudencia de cada uno de aquellos va a regular el sentido y alcance de esta institución. Quiere esto decir que al pactar un arbitraje de equidad se hace referencia a una ley que lo regule, esta adquiere así relevancia internacional. Algunos países como Francia han introducido un Título en su NCPC, sobre el arbitraje internacional. Otros como Suiza contienen una especial regulación del arbitraje internacional en su Ley sobre el Derecho internacional Privado; otros identifican el régimen del arbitraje de derecho con el de equidad como Alemania en un Z.P.O.

Lo que se quiere apuntar aquí es que la aplicación en su caso de dichas leyes no sólo implica que el arbitraje internacional va a tenerlas en cuenta sino que el texto de las mismas se verá sujeto a los avances de la investigación doctrinal y de la jurisprudencia de los respectivos países.

Por encima de todo el curso de los años, con sus crecientes problemas, va afinando los conceptos y abriendo los sistemas. El diario afán de los Tribunales y de los juristas va haciendo crecer la claridad en el régimen de esta institución con evoluciones o desarrollo portentosos. El arbitraje comercial internacional en esta especialidad del arbitraje de equidad tiene un carácter extraordinario, por encima de ordenamientos a veces confusos a veces contradictorios, que lleva a una justicia más afinada de los negocios internacionales. Su acción recae principalmente sobre los contratos internacionales y sus garantías. El arbitraje de equidad recae especialmente sobre la economía de los contratos y su patología. Es una labor de análisis del elemento conmutativo de los contratos onerosos y de las circunstancias que los alteran, paralizan o destruyen.

CAPITULO TERCERO

EL ORDEN PÚBLICO

SUMARIO

Sección I. Introducción.

A) La aproximación a su concepto. Es consecuencia del sistema de reglas de conflicto. Al operar este automáticamente introduce reglas incompatibles con los principios fundamentales de la "lex fori". La necesidad de contramedidas; la exclusión de la regla jurídica extranjera; la subsiguiente aplicación del derecho propio o ley de la sede. La invocación del "orden público" como técnica apropiada para obtener tales efectos. La aplicación al caso de que la ley designada en el arbitraje produzca el mismo problema.

B) El doble efecto de la excepción de orden público; la evicción del derecho extranjero; la aplicación del derecho del foro. Carácter de noción de contraste y de noción de control. Toma origen del carácter abstracto de las normas de conflicto, que simplifican el problema y no atienden al contenido material de las normas a las que reenvían. El sorprendente resultado de la aplicación del sistema de reglas de conflicto en algunos casos. La función correctora de tales resultados encomendada a la noción que estudiamos revela la "fragilidad" —en cuanto a su vigencia— del sistema al que corrige.

C) El presupuesto de empleo de la excepción de orden público. La incompatibilidad de la ley extranjera y de la "lex fori" en un caso determinado. No basta la mera oposición de ambas normas; se requiere que el resultado de su aplicación sea incompatible con la "lex fori", es decir con sus principios fundamentales. El punto de vista a adtar acerca de disposiciones extranjeras depende menos del contenido de la disposición extranjera y más del resultado concreto de su aplicación. Los principios fundamentales de un sistema jurídico que se confrontan con la ley extranjera designada por la regla de conflicto pueden ser explícitos o implícitos. Es imposible formular una lista exhaustiva de ellos. De una parte están los principios de carácter moral o político que alcanzan valor universal; después existen otros cuyo valor se califica como más contingente y relativo.

D) Dos observaciones más. Normalmente se toman en cuenta los principios generales o fundamentales de la ley del foro cuando se prevé la ejecución de la sentencia en un país determinado. Más cuando existen varios países diferentes implicados en el caso, es necesario considerar el orden público de todos aquellos. La excepción de orden público no

tiene que beneficiar necesariamente al litigante que ostente la nacionalidad del país del foro. Consecuencia de todo ello es que la excepción tiene carácter limitado. La evicción de la ley extranjera pierde eficacia en cuanto la protección del orden público del foro está asegurada.

Sección II. Un análisis de las principales cuestiones esbozadas anteriormente.

A) La noción de orden público. Una cuestión previa; la determinación de las funciones atribuidas a esta institución. La opinión de la doctrina francesa. Las tres funciones expresadas: a) la eliminación de las leyes extranjeras injustas; b) la protección y defensa de aquellos otros principios que sin tener valor absoluto o universal como los anteriores son fundamentos políticos o sociales de un país; y c) la protección o salvaguardia de ciertas políticas legislativas. En el primer caso es el propio sentimiento del Juez el que descubre una infusticia; en el segundo es la reacción de la opinión pública en su conjunto la que detecta la incompatibilidad; en el tercer caso es el propio legislador quien así lo define.

B) Otra aproximación al concepto. La formulación de la noción de orden público en las leyes. Su carácter escueto. Es un principio general; consecuencia de ello su concepto no se agota en reglas precisas y concretas referidas a supuestos determinados. Estas pueden existir en algún caso, pero no es la regla general. El orden público como sentimiento referido al valor paradigmático de ciertas facetas del sistema jurídico que deben ser inmunes a las leyes extranjeras. Su identificación no es objeto de definición pues varía según las ideas y reglas del foro que pueden cambiar con el tiempo. Críticas a esta noción del orden público. Desde las atalayas del positivismo se acusa tal doctrina que se dice impide predecir la resolución de un caso por un Juez. La contracrítica. Los principios y conceptos generales no determinados son invocables e invocados por las leyes. Así ocurre con la "aequitas minor" o "maior" y los conceptos de fraude de ley, buena fe, abuso del derecho, etc. Todos son principios generales que han de aplicarse a una serie de supuestos de hecho que no pueden relacionarse con carácter exclusivo. La especial forma de hacerse presente la noción de "orden público": no se promulga; no se define "a priori", sino que se constata.

C) Su justificación: la característica esencial del orden público como institución de autodefensa del sistema jurídico. Si no existiere, la referencia a la ley extranjera supondría un salto hacia lo desconocido" (Raape). Si no existiere poblarían nuestro territorio las instituciones y reglas y costumbres más extrañas y opuestas a los principios generales de nuestro sistema jurídico, o lo que es lo mismo a nuestra civilización y cultura. La adquisición de esta noción en la Edad Media europea. La doctrina de los canonistas y de los glosadores. Estos

empleaban la noción de estatutos "odiosos" con exclusivo valor territorial, no "exportables" a otros ordenamientos. Bartolo consideraba "odiosos" a los estatutos prohibitivos.

Traspasado su límite territorial el principio de libertad revivía, aunque sujeto a los límites adecuados. La doctrina posterior incluyó entre estatutos "odiosos" a los contrarios al sentimiento de "equidad".

D) La determinación del "ámbito en el que se aplica la noción de orden público". Existe un ámbito material y otro temporal. En cuanto al primero ya fué tratado en el apartado anterior. Corresponde aquí hablar del segundo tratando del problema que plantea la sucesión de leyes. La discusión doctrinal. Las diversas soluciones propuestas. La aplicación del orden público del momento de la constitución de una relación jurídica; la opuesta doctrina que propugna la aplicación del orden público vigente en el momento de plantear la controversia ante el Tribunal. El criterio prevalente es este último. Algunas precisiones complementarias a esta regla general para adaptarla a aquellos casos en los que se suceden leyes con distinto criterio sobre el orden público. 1º.- Cuando una ley amplía el campo del orden público definido en la ley anterior; 2º.- Cuando la nueva ley reduce el campo de aplicación del orden público. El caso de si un acto nulo según la ley anterior continua siéndolo después de derogarse la ley que así lo declaraba. Mi opinión.

E) Un requisito indispensable para la aplicación de la excepción de orden público. La aplicación de la excepción de orden público no se desencadena por el hecho de que una ley extranjera contradiga valores de carácter fundamental de la ley del foro. Sólo se produce cuando la sociedad política de la que se trate esté afectada de modo importante, por una relación jurídica determinada regida por una ley contraria al orden público del foro. Si no existe esta conexión de tal sociedad o miembro de la misma con la ley extranjera en tales condiciones no existe tal presupuesto de aplicación del O.P. Si se hiciera se produciría una invasión del ámbito de competencia de la ley extranjera. Otra razón para rechazar tal posibilidad. El país del foro se convertiría en un "foro nullitatis" en favor de las partes que maliciosamente se buscasen un punto de conexión para evadir sus compromisos. La determinación de cuando se ve afectada una sociedad política por una ley extranjera. Carácter principal del lugar de constitución de la relación jurídica. Si está fuera de los límites territoriales de la ley del foro no ha lugar a la aplicación de la doctrina del orden público. En este caso se supone que los efectos de aquella relación no se producen en el territorio en el que está la sede del Tribunal. En el caso contrario, si los efectos se producen dentro de dicho territorio la opinión es matizada. La reacción del orden público frente a una norma extranjera es distinta según los casos. No es la misma cuando se trata de adquisición de derechos en un país determinado, que cuando se trata de permitir que en el país del foro se produzcan los efectos de un derecho adquirido sin fraude en el extranjero. La Sentencia de la Casación francesa de 17.4.1993 y la doctrina de la aplicación ate-

nuada del orden público. Resumen y referencia a otros puntos de conexión que según los casos pueden tener relevancia. Nacionalidad, residencia, lugar de ejecución, etc...

F) La distinción entre orden público de dirección y orden público de protección: El origen de tal distinción procede del análisis del llamado orden público económico. Este último se dice es obra directa del legislador. El orden público interno es obra de la jurisprudencia. Otra característica del orden público económico; no contiene reglas negativas. La opinión de Robert. Son leyes de aplicación inmediata reforzadas con un cuadro de sanciones. No se producen sucesivamente los dos efectos del orden público interno; aquí todo se produce de golpe. Las reglas del orden público de protección están concebidas para defender ciertos intereses o categorías de personas o incluso ciertos individuos. Ejemplos. Las reglas de orden público de dirección se expresan directamente e imponen un texto jurídico a una relación económica. La opinión de Carbonier. La distinción de los efectos de una u otra clase de orden público. La infracción del orden público de protección origina una causa de nulidad relativa o de anulabilidad denunciada por la parte interesada. La infracción del orden público de dirección lleva consigo la nulidad absoluta de la relación jurídica o de la cláusula correspondiente, puede ser reclamada por cualquier persona y puede entender de ella incluso de oficio el Tribunal. Caracter general de esta clasificación utilizable en otros campos de aplicación de la excepción de orden público.

G) Las leyes de orden público y el orden público internacional. Los esfuerzos de la doctrina para lograr una mayor claridad conceptual. La distinción de la excepción de "orden público" de la llamada "materia de orden público". Las etapas del análisis. La consideración de que el "orden público" no es una categoría jurídica con conexiones propias y que carece de un contenido homogéneo, como lo tienen las otras grandes "categorías jurídicas del Derecho internacional privado, como son el estatuto personal o el estatuto real. Sólo tiene como característica la de provocar la evicción de la ley extranjera.

Sección III. El concepto de orden público internacional y su campo de aplicación.

Su diferencia —en cuanto a contenido— con el orden público interno. Una observación de la doctrina en orden al tratamiento de las materias respectivas. La opinión de Mayer sobre el campo de aplicación del orden público internacional que es más estrecho que el del orden público interno. Interrelación entre ambos sistemas de orden público. Las normas de orden público internacional son siempre de orden público interno; al contrario las normas de orden público interno no son siempre de orden público internacional. Resumen y conclusiones. La diferencia entre orden público interno y externo es una etapa en la

consolidación de la doctrina y la jurisprudencia. El orden público internacional es una realidad distinta del orden público interno y de ámbito más reducido que este. Consecuencia de ello es que muchas disposiciones imperativas internas no son de orden público internacional.

Sección IV. Fundamentos del especial sistema de orden público en el comercio internacional.

A) Las razones que lo justifican. La consideración del comercio internacional como realidad beneficiosa. El predominio de las ideas liberales en orden a la supresión de barreras o trabas al mismo. La consideración de una comunidad internacional de naciones cuyas relaciones comerciales deben regirse por un derecho especial que atiende a los usos y costumbres. La resolución de las controversias originada por los contratos internacionales deben ser resueltas de modo sencillo, de acuerdo con la designación de árbitros hecha por las partes. Las consecuencias del Convenio de Nueva York en orden al reconocimiento de la cláusula arbitral. La libertad del árbitro que carece de "lex fori" por no ser órgano del Estado de la sede del Tribunal. La exclusión del derecho internacional privado del Estado o Estados implicados y por consiguiente de sus sistemas de reglas de conflicto. La voluntad de las partes o la designación de los árbitros única fuente de designación de la ley. el ejercicio de esta facultad dentro de algunos límites —relación con la controversia— según algunos sistemas; en otros no existe esta limitación para escoger la ley aplicable. Todos los sistemas con mayor o menor ámbito reconocen el principio de libertad en la designación de la norma.

B) Los Convenios internacionales. Estos reconocen el principio de absoluta libertad en la designación de la norma. El Convenio de Ginebra de 1961 (artículo VII). El artículo 1496 del NCPC francés. El artículo 1054 del CPC holandés. el artículo 187.1 de la Ley Federal Suiza sobre el Derecho internacional privado. La ley modelo de la UNCITRAL, el reglamento de esta y el de la CCI de París. La autonomía en cuanto a la designación de la ley aplicable al arbitraje no supone poder desligarse del orden público internacional del ordenamiento señalado. Es obligatorio en el arbitraje comercial internacional el respeto a los principios generales del Derecho de gentes a los que expresamente se refiere el artículo 38 del Estatuto del Tribunal de Justicia Internacional de La Haya. Sus principio de orden público verdaderamente internacional.

Sección V. El orden público y la condición de arbitraje de la controversia.

A) La determinación del carácter arbitrable de una controversia. Depende de la ley aplicable al caso. Normalmente será la que regula el convenio arbitral. En su defecto la

que regula la relación jurídica controvertida. Unas y otras se designan por las partes o por los árbitros en atención a ciertas conexiones estimadas prevalentes.

B) Carácter no absoluto de esta regla. Se excluye la misma cuando los Tribunales de Justicia elaboran una doctrina jurisprudencial "ad hoc" expresada en reglas materiales, aplicables directamente.

C) Análisis del ejemplo francés. El informe del Ministro de Justicia al Primer Ministro francés respecto del Decreto de 1981 por el que se aprobó la reforma concretada en el NCPC. El respeto a las normas jurisprudenciales establecidas anteriormente sobre el arbitraje internacional. Las nuevas normas sólo se refieren al procedimiento. El respeto a los principios establecidos por el Tribunal de Casación. Enunciación de los mismos. Un breve análisis de esta creación jurisprudencial: a) La configuración de la cláusula arbitral como pacto autónomo e independiente del contrato principal y por ello inmune a sus imperfecciones jurídicas y a sus vicisitudes. Por ello los árbitros tienen competencia para juzgar sobre su propia competencia; b) El reconstituir de la presunción de validez de la cláusula arbitral. Contra esta regla del "favor validitatis" se estrellan las normas contrarias extranjeras. Es un principio fundamental contenido en los Convenios Internacionales y en las legislaciones más adelantadas. La validez de la cláusula arbitral en el arbitraje internacional según la ley francesa. Criterio opuesto de la misma en el arbitraje interno. Excepción. La materia comercial internacional. La proclamación del reconocimiento de la validez de la cláusula en el arbitraje internacional. La Sentencia del Tribunal de Casación francés de 19.6.1970 en el caso Hecht. La exclusión de este principio en los casos en los que el derecho litigioso no fuere disponible; c) El hecho de que un Estado o algún órgano del mismo concertase una cláusula arbitral no hace inválida a esta. Se relega así al arbitraje interno el artículo 2008 del Código civil; d) Se admite que la controversia sometida a los árbitros implique la aplicación de reglas de orden público, superando anteriores vacilaciones. La praxis internacional. La opinión de Mayer y De Boisseson respecto del caso de que una ley extranjera tuviese un criterio más amplio que la francesa en materia de orden público.

D) Una cuestión complementaria. Cuando el derecho litigioso no es de libre disposición por las partes. Los árbitros tienen facultad para determinarlo. Debe atenderse a la ley que regula el fondo de la cuestión. Criterio común de algunas legislaciones. Imposibilidad de trazar el contenido de la materia no arbitrable que varía según los diferentes Estados. Una aproximación enunciativa. el caso de discrepancia entre la ley aplicable al fondo y la ley del foro. Diversas opiniones.

E) El derecho sobre suspensiones de pagos y quiebras

La "vis atractiva" de los juicios universales y la validez de la cláusula arbitral. La

necesidad de una solución flexible. El sistema del derecho francés. La diversidad de soluciones según que el convenio arbitral se concierte o no antes del inicio de uno de dichos juicios universales. La Sentencia de Casación comercial francesa de 12.2.1985. La Ley de 25.1.1985. La suspensión de los procedimientos individuales y el arbitraje. La limitación de los poderes de los árbitros cuando cesa la suspensión por reconocimiento de los créditos en el juicio universal. Sólo pueden resolver sobre el importe de la deuda, pero no condenar al deudor para que cumpla.

El artículo 48 de la Ley antes citada. Después el acreedor seguirá las vicisitudes del juicio universal. Análisis del caso en el que el convenio arbitral fuere posterior al comienzo del juicio universal. Predominio de la competencia del tribunal. El compromiso o la cláusula arbitral sólo puede referirse a cuestiones periféricas no comprendidas en la competencia del órgano judicial. El árbitro sólo puede resolver sobre el importe del crédito pero no sobre su reconocimiento ni puede tampoco dictar resolución condenatoria del deudor. El ejercicio de la facultad de concertar el arbitraje en tales situaciones. Casos de liquidación judicial; caso de suspensión de pagos. El problema de que se dicte una sentencia arbitral antes de que se demande la nulidad del convenio arbitral. El sistema francés aplicable al derecho interno y al internacional. La cuestión de una ley extranjera más liberal que resultare aplicable. Si la sentencia arbitral extranjera que aplicase tal ley debe o no ser reconocida. Disparidad de opiniones. Ausencia de jurisprudencia conocida. Mi opinión personal.

F) La exclusión del arbitraje de otras zonas del tráfico jurídico; el derecho de concurrencia o competencia comercial; los derechos de propiedad industrial y comercial. Otra cuestión complementaria. Los supuestos de violación del orden público realmente internacional. análisis separado de tales exclusiones. Examen especial de la violación del orden público realmente internacional. Las cuestiones o materias "corruptas". El cobro de comisiones por tráfico de influencias. La opinión del Juez Lagergren. La afirmación posterior de la competencia de los árbitros y su deber de sancionar conductas intolerables por razones de ética comercial y de respeto a la comunidad internacional. La opinión de Lalive sobre estas cuestiones. La licitud de otras comisiones en las que no concurre la condición de inmoralidad de la causa de las mismas. La cuestión sobre el derecho económico internacional. Su exclusión del orden público internacional. Las leyes de policía. Remisión a un estudio posterior.

Sección VI. Las leyes de aplicación inmediata y su comparación con las de orden público.

A) Son dos sistemas de protección de principios fundamentales de la ley del foro frente a la aplicación de la ley del fondo designada automáticamente por la regla de con-

flicto. Recuerdo de lo anteriormente dicho sobre las normas de orden público y sobre las leyes de aplicación inmediata.

B) La cuestión terminológica. El campo estricto de las leyes de policía que constituyen una clase o categoría subordinada de las leyes de aplicación necesaria.

C) Distinción entre leyes de aplicación inmediata y leyes de policía.

D) La naturaleza de las leyes de aplicación inmediata pero no de policía y estas últimas. La doctrina francesa que distingue entre dos clases de leyes de policía.

E) La aplicación de las leyes de una aplicación inmediata y otra clase según pertenezcan al derecho del foro o a un derecho extranjero. La regla general en cuanto a las primeras: Su carácter territorial. La existencia de otros puntos de conexión en la aplicación internacional de estas leyes. el problema de la identificación de las leyes de aplicación inmediata que no son leyes de policía. En principio por sí mismas no son aplicables necesariamente en el campo internacional. El carácter de leyes autolimitadas de las leyes de aplicación inmediata. La necesidad de una investigación acerca de si el campo de aplicación de una regla material de esta clase tienen alcance internacional. Ejemplos. Las leyes de aplicación inmediata extranjeras. Sólo son objeto de estudio las llamadas leyes de policía. Las otras leyes de aplicación inmediata no plantean cuestiones distintas, en general, a las que se producen con el derecho privado extranjero. En cuanto a las leyes de policía extranjera se ha pasado de una negativa absoluta a una aplicación condicionada. El derecho positivo de muchos países y los Convenios internacionales se orientan por esta vía. La Sentencia de la Casación social francesa de 31.5.1972. La Sentencia del Tribunal de Casación de los Países Bajos 13.6.1966. El criterio positivo de la ley suiza sobre el derecho internacional privado de 18.12.1987. El valioso comentario de Vischer a este último texto. Se trata de una redacción "cautelosa". El criterio de que una disposición de derecho público no puede ser aplicada directamente, en principio, en un proceso civil. El Juez o el árbitro no están vinculados por las sanciones establecidas por una ley extranjera; tienen poder para determinar las consecuencias civiles de una ley extranjera. El artículo 7 del Convenio de Roma de 19.6.1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. Su redacción condicional expresa una facultad del Juez o árbitro. Las reglas o principios que niegan competencia a los Tribunales de un país para aplicar el derecho público de otro. Sólo podrán tratar de los efectos civiles del mismo. Están en este caso las leyes de policía que dispongan la nulidad de los contratos. El orden público del foro como obstáculo a la aplicación de las leyes de policía extranjera. El caso resuelto por el Tribunal Supremo de los Países Bajos. El conflicto de una ley de aplicación inmediata extranjera contra otra de igual clase del ordenamiento del foro implica la exclusión de la primera.

Sección VII. La noción de orden público y el derecho regulador del arbitraje comercial internacional.

A) El orden público en el Convenio de Nueva York de 1928. Su artículo V.2.b. Su referencia al orden público del foro.

B) Estas referencias a la *lex fori executionis* etc.

C) Entre los motivos que las leyes internas establecen para recurrir en nulidad o apelación los laudos arbitrales está el de ser aquel contrario al orden público. Así se pronuncian el derecho francés y el suizo. Otros sistemas jurídicos no se expresan de igual forma pero contienen motivos de recurso en los que puede anidar este. Tal es el motivo que contempla el caso en que los árbitros hayan ejercido sus facultades más allá de lo permitido por las partes, o hayan arbitrado sobre materia no susceptible de serlo. La articulación de la excepción por la parte interesada. No cabe, en este caso, la admisión de oficio. El convenio de Ginebra de 1961, su artículo 9º. Establece una regla de denegación del *exequatur* análoga a la del artículo V.1e). del Convenio de Nueva York y señala los motivos que caben en este supuesto. Algunos textos positivos se refieren al orden público internacional. El artículo 1502.5 del NCPC francés y el artículo 190.5 de la Ley suiza de 1987 sobre el derecho internacional privado. Doctrina jurisprudencial federal.

Sección VIII. Unas observaciones finales sobre el orden público internacional.

1º La evolución en el tiempo del contenido del orden público internacional. Hay que situar en sus fechas a las cuestiones de esta naturaleza. No cabe hacer afirmaciones atemporales. 2º. La reacción de defensa del ordenamiento del foro frente a la irrupción violenta de la ley extranjera depende mucho del grado de proximidad o de lejanía geográfica o jurídica de las relaciones sometidas a la ley extranjera. 3º. El criterio diferenciador de las dos reacciones apuntadas. El sistema francés. La doctrina del caso "Riviere". La distinción entre derechos adquiridos en el territorio de la "lex fori" y los efectos en este último de un derecho adquirido en el extranjero. En el primer caso el orden público reacciona con el máximo rigor; en el segundo se aplica un orden público atenuado. La razón está en que tales relaciones jurídicas se consideran ajenas y extrañas a la ley del foro. Este no tiene vocación para regirlas. Esta doctrina tiene sus límites. Casos en que los efectos son incompatibles con la "lex fori". La sentencia de 17.2.1982 del Tribunal de Casación francés que declaró que todos los efectos de un matrimonio poligámico no son necesariamente admisibles en el territorio francés. Un ejemplo de la doctrina; el contrato de adquisición de esclavos.

vos. Otras distinciones atendiendo a la proximidad del punto de concexión de la relación con el territorio del foro. Consecuencias de lo expuesto. La renuncia del Estado del foro en materias del comercio internacional a "exportar" sus convicciones y principios a todo el mundo. El comercio internacional —tan beneficioso— exige la renuncia a aplicar las propias leyes, incluso las de carácter imperativo. Las reglas de conflicto eliminan también leyes imperativas del foro para abrir paso a leyes extranjeras. Por ello una institución o una relación jurídica contraria al orden público interno del foro, no es "per se" contraria al orden público internacional, que tiene un radio más reducido y que define los límites de la soberanía de un sistema jurídico respecto de instituciones extranjeras.

Sección IX. Observaciones complementarias respecto de otros derechos extranjeros.

A) El sistema del orden público en la Arbitration Act de 1979 inglesa. Carácter peculiar en orden a la expresión de la doctrina. La denegación del exequatur de una sentencia arbitral dictada conforme al Convenio de Nueva York si es contraria a la "public policy" inglesa, conforme a la Sección 3ª de la Arbitration Act de 1979. La advertencia de que los Tribunales han desarrollado una interpretación estricta de aquella. Las observaciones de Redfern y Hunter. 1º. Afirman que no es novedad para los juristas ingleses la distinción entre orden público interno (domestic public policy) y orden público internacional (international public policy). Destacan que una cuestión nueva es que el orden público interno pueda ser desplazado por el orden público internacional. 2º. No formulan oposición a esta posibilidad. No lo consideran como una realidad admitida sino como un proyecto estimable aunque todavía no maduro y destacan sus posibles efectos beneficios. Todo ello está lejos de ser una contestación o solución positiva al problema. 3º.- A estos datos negativos se contrapone la doctrina de Stein y Veeder que sostienen una interpretación reductora del orden público (strict construction) y además afirman que la Arbitration Act de 1979 ha provisto de un "pragmatic and hospitable regime for international commercial arbitration". 4º Una razón positiva. El arbitraje internacional en materia comercial no debe ser anulado por consideraciones puramente "domésticas". El orden público internacional no debe ser afectado por cuestiones de forma o consideraciones de orden público interno. La opinión de Redfern y Hunter coincide con los anteriores principios. Se plantean estos autores una cuestión acerca de la actitud del orden público internacional frente a cuestiones morales. Estiman como presumible que no se aceptaría el contrabando de drogas, el soborno y la corrupción, y otras prácticas generalmente condenadas y por ello se rechazarían los laudos que quisieren regular tales cuestiones y otras parecidas. Se destaca la variedad de concepciones respecto de determinadas actividades. Tal es el caso de las cuestiones sobre las restricciones de competencia. En los Estados Unidos y en la CEE están sujetos a regulación punitiva. En otras par-

tes del mundo son mirados con indiferencia. No obstante estas y otras dificultades son partidarias de una eficaz definición del orden público internacional y de su aplicación. 5º. El caso *Parsons and Whittmore Overseas Co, Inc v. Societé Générale de Industrie du Papier (RAKTA)*. Se pretendió que se denegase el "exequatur" a un laudo por pretendidas razones de orden público. Lo que se quería llamar así era la interrupción de relaciones diplomáticas y de todo orden entre los Estados Unidos y la República de Egipto. La District Court del Distrito de Nueva York rechazó la petición. Se refirió a la orientación general del Convenio de Nueva York para la efectividad de los laudos y declaró que sólo podía denegarse el "exequatur" cuando la ejecución del laudo "violase las más básicas nociones de moralidad y justicia del foro". 6º. Doctrina de la Court of Appeal de Inglaterra en la sentencia de 23.3.1987. Se resolvió aquí la cuestión de si era contrario al orden público inglés una sentencia arbitral fundada en principios generales internacionalmente reconocidos. La Sala declaró: a) Que las cuestiones de orden público no pueden nunca ser definidas exhaustivamente y deben ser examinadas con extrema prudencia; b) Tiene que demostrarse que existe algún elemento ilegal, o que la ejecución del laudo puede ser claramente ofensiva para el bien público o para el ciudadano medio y razonable y bien informado, en cuya representación se ejercen los poderes del Estado. c) Al haber dejado las partes la elección del derecho aplicable en manos de los árbitros, no los habían limitado al campo concreto de los sistemas nacionales de leyes y por ello los árbitros al haber esogido como ley los principios generales antes referidos, por ser estos un común denominador de los principios que informan las leyes de las varias naciones que regulan las relaciones contractuales, no se habían excedido de las facultades conferidas por las partes. De todo ello resulta que la jurisprudencia inglesa admite la relajación o reducción del orden público interno en materias de arbitraje comercial internacional. Sólo caen dentro del orden público internacional la existencia de "algún elemento ilegal" (entendido como violación directa de precepto esencial) o que la ejecución del laudo fuere "claramente ofensiva para el bien público o para el ciudadano medio o razonable y bien informado". La jurisprudencia inglesa por sus peculiares vías, en su labor no sólo interpretativa si no creativa ha dado aquí un prudente solución de las cuestiones investigadas.

B) El sistema de orden público en la legislación alemana.

La posición del derecho alemán ante el arbitraje. El gran desarrollo del mismo. La jurisprudencia ha declarado que no toda violación del principio de orden público de la ley alemana supone la denegación del "exequatur". Esto solo ocurre en caso extremo. La jurisprudencia alemana sobre la materia. Si el laudo está sujeto al Convenio de Nueva York, se aplica a este; si no lo está se aplica la ley alemana. En todo caso el párrafo segundo de la Sección 1044 de la Z.P.O. dispone que son motivos para rechazar el reconocimiento y ejecución de los laudos que obviamente contradigan los principios esenciales de la Ley alemana o la Ley Básica (Grundrechten) es decir la Constitución Federal de Alemania. La doctrina

afirma que en estas materias la legislación alemana está a igual nivel que Francia, Suiza y Holanda.

C) El sistema de orden público en Bélgica.

El artículo 1723 del Cc belga admite el orden público como excepción frente a los laudos arbitrales. Los Tribunales siguen una interpretación estricta de este concepto. Lo entienden como orden público internacional cuando se trata de cuestiones relativas al comercio internacional. Hay materias que están regidas tanto por el orden público interno como por el internacional. Así ocurre con el contrato de distribución exclusiva que produce efectos dentro de Bélgica.

EL ORDEN PUBLICO

Sección I. Introducción.

A) Nos acercamos ahora a un concepto que se configura como contramedida o excepción a la aplicación de la ley extranjera, designada por las partes, el Tribunal arbitral o por las reglas de conflicto.

El origen de su existencia es consecuencia de la naturaleza propia del sistema de selección de la ley extranjera, a través de las reglas de conflicto, de un ordenamiento que en algunos casos introduce reglas incompatibles con los principios fundamentales de la "lex fori". En tales supuestos el Tribunal excluye la aplicación de la ley extranjera —es decir, suspende la vigencia del propio sistema de reglas de conflicto— y aplica la "ley de su sede". Ello se consigue mediante la invocación de la excepción de orden público internacional.

B) La eficacia de esta excepción es doble: 1º Excluye la aplicación del derecho extranjero, inhibiendo el título legitimador de su aplicación, que es el sistema de reglas de conflicto que lo designan. 2º Provoca la aplicación necesaria de la "lex fori" para cubrir el vacío producido. Tiene esta una vigencia peculiar al margen del sistema citado.

Noción de contraste; también noción de control, el concepto de orden público es consecuencia directa del carácter abstracto de las conexiones con otros ordenamientos, que integran los sistemas de normas de conflicto. Estas reparten y atribuyen las materias a diversos ordenamientos, con carácter abstracto, sin preocuparse del contenido material de las leyes objeto de conexión. Como consecuencia de ello, cuando es necesario resolver la controversia, el descubrimiento del contenido material de la ley extranjera aplicable, constituye, en algunos casos, una sorpresa, pues se abre el camino a reglas e instituciones inaceptables para la "lex fori". Para evitar todo ello está la excepción de orden público, que viene así a demostrar la llamada "fragilidad" —desde el punto de vista de su vigencia concreta— el sistema de reglas de conflicto (1).

C) El presupuesto de empleo de tal excepción está constituido por la incompatibilidad de la ley extranjera y la "lex fori" y su enfrentamiento en un caso concreto. Esto requiere una ulterior precisión. La aplicación de la excepción de orden público no se desencadena por la mera oposición de preceptos jurídicos, *sino por el resultado concreto de su aplicación a un caso determinado*. Puede por tanto decirse que la reacción a ciertas disposiciones extranjeras, depende de circunstancias y condiciones que demuestran que el orden

público está menos interesado por el contenido de la regla que por ciertos resultados de su aplicación (2).

El enfrentamiento o colisión con los principios fundamentales de la ley del foro, supone la existencia y formulación de los mismos. Estos pueden ser implícitos. Los Tribunales, por ejemplo, no los formulan más que sumariamente cuando se refieren a la concepción del orden público internacional de un ordenamiento. Es opinión general la de que es imposible hacer una lista exhaustiva. Entre ellos se encuentran los principios de carácter moral o político que alcanzan valor universal. Después existen otra clase de principios pero cuyo valor se considera más contingente y relativo (3).

D) Dos observaciones más deben colmar esta introducción. La primera es que sólo se tienen en cuenta los principios fundamentales de la ley del foro. La segunda es que la aplicación de la excepción de orden público no tiene que beneficiar necesariamente al litigante que ostente la nacionalidad del país del foro.

Consecuencia de ello es que la excepción de orden público se aplica con carácter limitado. La evicción de la ley extranjera cesa de tener efecto en cuanto la protección al orden público del foro está asegurada. Los demás preceptos de la ley extranjera siguen vigentes por no estar en contradicción con aquél.

Sección II. Un análisis de las principales cuestiones esbozadas anteriormente.

A) La noción de orden público. La aplicación de las leyes extranjeras, el reconocimiento y ejecución de sentencias y de laudos o sentencias arbitrales extranjeras, se puede enfrentar con la noción de "orden público", que constituye, a veces, un obstáculo insalvable, y que destina a unas y a otras, a un final inesperado y a un fracaso total de los intereses de las partes.

Con carácter previo, parece conveniente explicar con mayor espacio, las funciones que la doctrina y la jurisprudencia atribuyen al orden público.

Si volvemos nuestra mirada al derecho francés al que junto con el suizo considero modélicos en muchos puntos, diré que se atribuyen al orden público tres misiones. Sigo aquí los criterios de Mayer, Lalive, Poudret y Raymond.

a) La eliminación de aquellas leyes extranjeras, aplicables en principio al caso, por disponer una solución considerada injusta en el país del foro. La noción de Justicia se

eleva así sobre el derecho positivo, basándose en el derecho natural. Este sería el caso de una ley que autorizase la esclavitud o un contrato inmoral.

El Tribunal de Casación francés refiriéndose a este sentimiento de lo justo o injusto, trata en sus resoluciones de "los principios de justicia universal, considerados en la opinión francesa, como dotados de valor internacional absoluto". S. de 23.5.1848. La guía para descubrirlos, en este caso, es el propio sentimiento del Juez que puede y debe por su peculiar formación descubrir la existencia de una injusticia (4). A él le corresponde usar con prudencia de la excepción de orden público.

b) La de asegurar la protección y defensa, frente a las inmisiones de la ley extranjera, de aquellos otros principios, que sin tener valor absoluto o universal, como los comprendidos en el párrafo anterior, son sin embargo fundamentos políticos o sociales de la civilización de un país determinado. Así lo señalaron Lerebourg-Pigeonnière y Loussouarn (5).

La guía o brújula, en estos casos se encuentra fundamentalmente fuera de la propia opinión del Juez, en la reacción de la opinión pública en su conjunto. Así se expresa Mayer (6) quien indica como ejemplo un caso de poligamia.

c) La de proceder a la salvaguardia de ciertas políticas legislativas. Tal es la opinión de Batiffol y Lagarde (7). Se enumeran como ejemplos clásicos, los de la limitación de los casos de admisión de la acción encaminada al reconocimiento de la paternidad natural, o la prohibición de divorcio por acuerdo mutuo vigente en Francia hasta 1975.

Aquí la guía o índice no está constituido ni por el sentimiento de lo justo, que emerge de la conciencia del Juez, como ocurre en el caso a) anterior, ni por la reacción de la opinión pública, frente a una ley que contraría los principios políticos y sociales de la civilización francesa, como en el caso b). Aquí es el legislador quien ha impuesto una solución y cuyo valor general debe el Juez garantizar. Esta voluntad puede ser expresa o puede deducirse de los términos de la ley en relación con la materia por ella regulada.

Es consecuencia lógica de todo ello —como dije antes— que no pueda confeccionarse fácilmente "a priori" una lista completa de todas las reglas o normas de indeclinable aplicación, que se contienen en los diversos sistemas jurídicos. Algunos textos lo intentan pero sin propósito universal. Tal es el artículo 1495 del NCPC francés que declara que determinados preceptos relativos al arbitraje interior no son aplicables al arbitraje comercial internacional.

B) Otra aproximación al concepto. La noción de "orden público" que escuetamente

formulan las leyes, es un principio general y por ello su concepto no se agota en reglas precisas y concretas, que aún existiendo en algunos casos, sólo representan una minoría de los supuestos en los que tal noción es aplicable. Se ha llegado incluso a decir que el "orden público" *es más bien un sentimiento* (8). Este sentimiento se refiere al valor paradigmático de determinadas facetas del ordenamiento jurídico, que se estima no pueden ser afectados por la ley extranjera. Su contenido varía de acuerdo con las modificaciones de las ideas y reglas del foro.

Las críticas a esta noción se han dirigido desde las atalayas del positivismo, afirmando que su aplicación impide predecir la resolución de un caso por el Juez. Pero esta crítica desconoce la realidad, en la que es frecuente que los principios generales sean invocados por las leyes positivas, que además se refieren tanto a la "aequitas minor" o medio de interpretación y aplicación del derecho, como a la "aequitas maior" como fuente exclusiva del mismo: los conceptos de fraude de ley, abuso de derecho y el de buena fe son todos ellos principios generales que han de aplicarse a una gama de supuestos de hecho, que no pueden ser enumerados previamente (9). Otros pueden citarse.

El especial modo con que el orden público se presenta en los casos concretos, se expresa diciendo que aquel no se promulga ni se define "a priori", sino que se constata.

C) Su justificación. Repensando lo dicho en el apartado I diré que el concepto del orden público, tiene en su núcleo, inserto el carácter de institución de autodefensa indispensable para todo ordenamiento jurídico. Si este sistema de defensa, como ya dijo anteriormente Raape, la designación de la ley extranjera como aplicable a un caso supondría "un salto hacia lo desconocido" que debe evitarse. Si no existiese el orden público, encontraríamos vigentes en nuestro territorio nacional las instituciones, y costumbres más extrañas y opuestas totalmente a los principios esenciales de nuestra civilización. El concepto de esta institución defensiva ya fue adquirido hace siglos en Europa. Los canonistas se preocuparon de ello en la Edad Media. Los glosadores llegaron al mismo resultado merced a la doctrina de los estatutos odiosos, a los que sólo reconocían vigencia territorial, y por tanto no podían aplicarse en territorios sujetos a otros ordenamientos. Bártolo consideraba odiosos a los estatutos prohibitivos. Una reflexión más depurada llevó a comprender que otra clase de estatutos no prohibitivos, podían llevar en sí, potencialmente, graves perjuicios al ordenamiento jurídico de la Ciudad o Estado. Por ello la doctrina posterior llegó a incluir entre los estatutos odiosos a los contrarios al sentimiento de equidad.

D) La determinación del ámbito en el que se aplica la noción de orden público.

La determinación del ámbito material al que se aplica esta noción ha quedado identificada en el anterior apartado A) y a ello me remito. Me corresponde aquí tratar del

ámbito temporal del orden público aplicable, ante el fenómeno de la sucesión de leyes. La discusión doctrinal se orienta hacia dos soluciones posibles. La que señala como aplicable el O.P. del momento de la constitución de una relación jurídica; esto es, por ejemplo, de un contrato. Otra solución es la que atiende al O.P. vigente en el momento en el que la controversia se somete al Tribunal que ha de resolverla. El criterio prevalente es el que atiende al O.P. actual, esto es el vigente cuando la controversia se plantea ante el Tribunal.

Sostener lo contrario llevaría a resolver una cuestión, que se refiere a valores y principios fundamentales actuales, conforme a criterios de un ordenamiento derogado por el vigente, lo que implicaría una clara desnaturalización del O.P. y una corrupción de sus fines.

Esta regla general necesita de algunos complementos, para adaptarla a particulares situaciones regidas por normas de derecho transitorio, relativas a un aumento o reducción del ámbito de aplicación del orden público. Las modificaciones de dicho ámbito son originadas por leyes nuevas que responden a una nueva concepción del orden público. Distinguiré los siguientes casos:

a) Cuando una nueva ley amplía el campo de aplicación del orden público que la ley anterior fijaba, hay que recurrir en este caso a las disposiciones transitorias internas. Si la nueva ley mantiene que el nuevo texto legal proteja algunas situaciones adquiridas bajo el derecho anterior, es razonable entender que situaciones creadas, en el mismo período, al amparo de una ley extranjera, idéntica a la ley del foro, están asimismo protegidas.

La Casación italiana usó de esta doctrina al declarar por Sentencia 19.5.1943 que la ley dictada por el régimen fascista en 1938 por la que se prohibió el matrimonio de personas de raza "aria" con otras de diferente raza, no anulaba un matrimonio mixto, sometido a una ley extranjera, celebrado antes de 1938, aunque la prohibición fuere de orden público internacional.

Hay aquí una clara razón. Si la ley italiana sólo provee para los matrimonios que se celebrasen en Italia después de la fecha de vigencia de la nueva ley y no para los anteriores, el mismo criterio debe aplicarse a los matrimonios contraídos antes de dicha fecha conforme a una ley extranjera. Por ello a estos matrimonios no les afectaba tal prohibición.

b) Cuando se trate de un supuesto inverso al contemplado en el apartado a), es decir de una reducción del campo de aplicación del O.P., se plantea la cuestión de si un acto nulo, según la ley anterior por su contrariedad con el O.P., entonces vigente, continúa siendo nulo después de derogarse la ley que así lo declaraba.

Las opiniones se entrecruzan. Hay quienes afirman que el acto nulo puede revivir a la derogación de la norma que la estableció. Este criterio se dice no implica infracción de la legislación actual reformada.

Desde el punto de vista contrario se niega la convalidación de la conducta de quienes debieron respetar el orden público vigente. A mi juicio la cuestión debe resolverse atendiendo a una valoración de la norma prohibitiva desde el punto de vista de los principios fundamentales que constituyen el núcleo del concepto de orden público, según el derecho nuevo. Si la prohibición fuere básicamente injusta o inicua la solución debe orientarse a favor de la sanación del vicio de nulidad, por razón del vigor de la ley nueva, a no ser que perjudicase intereses de las partes o de terceros de buena fe. Si no concurren en estos casos extremos y salvo precepto expreso de la nueva ley, debe mantenerse el "statu quo ante" a no ser que la ley nueva convalide el acto irregular anterior u otros de naturaleza tal que permitieren el uso de la analogía.

E) Un requisito indispensable para la aplicación de la excepción de orden público.

El hecho de que un sistema jurídico reconozca la excepción de orden público, no supone que esta se aplique automáticamente a toda ley extranjera que contradiga valores o principios fundamentales de la ley del foro. Ello sólo se produce cuando la sociedad política de que se trate esté afectada o comprometida de modo importante en una relación jurídica regida por una ley extranjera contraria al O.P. de la ley del foro. Si no fuese el caso así, no se puede invocar la excepción de orden público para provocar la evicción del derecho extranjero.

Un ejemplo que justificaría la inaplicación de la excepción de orden público sería el de una relación jurídica concertada en un país extranjero, por personas domiciliadas en el mismo y sin que ninguna de tales personas ostente la nacionalidad del foro. Ante este supuesto el Tribunal no puede aplicar el sistema del orden público de la ley del foro porque la sociedad política a la que dicho sistema protege no está afectada en absoluto por aquella ley. Si el Tribunal pretendiese actuar de modo distinto, estaríamos ante un caso de invasión del ámbito de competencia de la ley extranjera. Mayer agrega a este argumento otra razón de respeto a los derechos adquiridos. Si se aplicase en estos casos la excepción de orden público se burlarían las previsiones de las partes fundándose en una ley que no rige la relación jurídica afectada (10).

La razón expuesta podría completarse con otra consistente en entender, que al obrar así podría convertirse a los Tribunales del país no afectado por tal relación jurídica, en un foro "nullitatis", a fin de que algunas o todas las partes buscasen maliciosamente la nulidad de actos y contratos celebrados válidamente conforme a una ley extranjera.

Salvado este punto y tomando de nuevo el hilo de mi razonamiento diré que la doctrina que vengo exponiendo requiere determinar los casos y circunstancias en los que una sociedad política se ve afectada o comprometida por una ley extranjera.

La doctrina y la jurisprudencia han seguido un método analítico y progresivo. En primer término se ha atendido al lugar donde se ha constituido la relación jurídica de que se trate. Cuando este lugar se encuentra más allá de los límites territoriales de la ley del foro, no hay lugar, según este criterio, a la aplicación del O.P. de este último. La doctrina expuesta supone además que los efectos de tal relación no se producen en el país del foro. Si, por el contrario se produjesen estos en dicho país, la jurisprudencia de algunos Estados ha declarado que la reacción frente a una disposición contraria al O.P., no es la misma cuando se trata de poner obstáculos a la adquisición de un derecho en un país determinado, que cuando se trata de permitir en este país, que se produzcan los efectos de un derecho adquirido sin fraude en el extranjero. Así se produjo la Casación francesa en 17.4.1943 dando carta de naturaleza a la doctrina llamada de la "aplicación atenuada del orden público". Más este criterio necesita completarse. Hay casos en los que lo que contradice al O.P. de la ley del foro son los efectos de una relación constituida en el extranjero. En tales casos la aplicación del O.P. sería necesaria. Solamente los efectos producidos anteriormente en el extranjero podrían acogerse a la expuesta doctrina de aplicación atenuada del O.P.

Para concluir esta referencia al sistema de criterios establecidos para determinar cuando una relación jurídica afecta a la ley del foro, diré que otros puntos de conexión como la nacionalidad de las partes, su residencia y el lugar de ejecución pueden alcanzar relevancia, según los casos, ante la *lex fori*.

F) La distinción entre orden público de dirección y orden público de protección.

Desde el punto de vista de la finalidad económica del principio general o regla de O.P., la doctrina ha establecido esta distinción. El juego de los conceptos aquí expresados se origina en virtud de un análisis del llamado O.P. económico.

Para precisar este último concepto —en realidad una clase especial del O.P.— señala la doctrina que con carácter general el orden público interno es declarado y completado por la jurisprudencia, mientras que el O.P. económico es obra directa del legislador, o del autor del reglamento, ordenanzas, etc. Como consecuencia de ello ya avisó Robert (11) que no se formula normalmente por medio de reglas negativas. Al contrario se expresa a través de reglas positivas que revisten la forma de leyes de aplicación inmediata cuyo texto está frecuentemente reforzado con un cuadro de sanciones de diversa clase. En estas leyes no se producen en dos fases los característicos efectos de la aplicación del O.P. De una

parte el efecto negativo (lo que se ha llamado la evicción de la ley extranjera) y, después el efecto positivo que es la aplicación de la ley del foro para llenar la laguna resultante, obviando así el caso de "anomía". Aquí todo se produce de golpe.

La diversa naturaleza de las reglas de O.P. económico según su sentido y alcance lleva a distinguir las reglas de O.P. de protección, de aquellas otras que constituyen el O.P. de dirección.

Las reglas del primer grupo se dictan para proteger ciertos intereses o ciertas categorías de personas, o incluso ciertos individuos. tal es el caso de las leyes sobre arrendamientos rústicos y urbanos, propiedad comercial, contratos de seguros, etc. Las reglas del segundo grupo por el contrario se expresan directamente para imponer un texto determinado a una relación económica. Este es el tipo que adoptan las disposiciones sobre concurrencia o competencia comercial de la CEE (Tratado de Roma, arts. 85 y ss). Esta clasificación de la que fue autor Carbonnier (12) trae como consecuencia una separación de los efectos que produce la infracción de tales normas.

Es doctrina común que la infracción del O.P. de protección origina una causa de nulidad relativa o de anulabilidad, que puede ser utilizada por la persona protegida cuando quiere defender su derecho. La infracción del O.P. de dirección produce automáticamente la nulidad absoluta de la relación jurídica o cláusula contractual correspondiente. Esta nulidad no susceptible de convalidación puede ser invocada por cualquiera y debe ser apreciada de oficio por el Tribunal.

Esta clasificación excede los términos propios del O.P. económico y es aplicable a otros ámbitos del campo de aplicación del O.P. en general.

G) Las leyes de orden público y el orden público internacional.

La necesidad de buscar una justificación racional a la excepción de orden público, llevó a la doctrina a un esfuerzo analítico, que ha permitido definir con mayor precisión, los límites del concepto y de su campo de aplicación.

Una de las distinciones más certeras fue la de separar la excepción del orden público, de lo que en ciertas épocas se consideró materia de orden público. Arrastrados por la frecuencia con que ciertas leyes imperativas se denominaban de orden público, en una primera fase se admitió que tal noción integraba una categoría jurídica, con conexiones propias, lo mismo, por ejemplo que, el estatuto personal o real, y que por consiguiente quedaba sujeta a la lex fori. Modernamente se afirma una opinión contraria por varias razones. En primer término porque la categoría "orden público" carece de homogeneidad, a

diferencia de las categorías generales del DIP. En su interior se albergan leyes del más variado contenido (leyes penales, leyes reguladoras del crédito, leyes procesales, leyes inmobiliarias, etc.). Aquellas categorías generales, tenían una vinculación a una noción relativamente *precisa y universal* (13).

En segundo término porque la doctrina que se critica trae como consecuencia que las leyes de orden público interno se apliquen en materias regidas por el derecho internacional privado, lo cual produce estridentes choques entre las normas llamadas a regir un caso concreto. Así ocurre por ejemplo en los casos relativos al estatuto personal, que constituyen un campo abierto a la aplicación de leyes extranjeras en el DIP, y además se desconoce aquí que el ámbito de aplicación del orden público, en el orden internacional, es más estricto y reducido que el que se le atribuye en el orden interno.

Por ello se ha negado al "*orden público*" la cualidad de una de las grandes categorías jurídicas, con conexiones propias y encuadrada con perfecta definición junto a las otras que establecen y regulan las reglas de Derecho internacional privado. Sólo se le atribuye como rasgo característico de la noción de que tratamos, su carácter de excepción que produce la "*evicción de la ley extranjera*".

Sección III. El concepto de orden público internacional y su campo de aplicación.

Su contenido difiere del que corresponde al orden público interno. La posición relativa de ambos se ilustra mediante la conocida imagen de las circunferencias concéntricas de distinto radio resultando una interior a otra. La externa corresponde al orden público interno; la interior al orden público internacional en el sentido del derecho internacional privado. En las relaciones jurídicas internacionales se inhibe la circunferencia exterior y sólo se aplica la interior y más reducido.

Los especialistas nos dicen que el orden público interno agrupo las "*materias*", (por ejemplo el estado de las personas) y le importa poco el contenido de las normas, ya que estas se califican de orden público, por la razón de se refieren a una materia de "*orden público*". Por el contrario el orden público internacional está formado por un sistema de principios o soluciones sustanciales, que se definen en atención a la naturaleza o esencia de las personas, cosa o instituciones.

Así razona el profesor Mayer (14) quien extrae de este análisis las consideraciones siguientes:

1º. El campo de aplicación del O.P. internacional es más estricto que el del O.P. interno. En una materia que el O.P. interno califique como de O.P., sólo algunas reglas o principios serán de O.P. en el sentido del derecho internacional. Consecuencia de ello es que las normas de O.P. internacional, son siempre de O.P. interno. Al contrario las normas de O.P. interno no son siempre normas de O.P. internacional (15).

2º La calificación de normas de O.P., referida a normas legales aplicables a materias penales, o simplemente punitivas debe ser evitada en favor de la claridad de ideas. Estas leyes son de mera aplicación territorial, y la expresión citada no sirve para justificar una excepción a la aplicación de la ley competente, sino para designar la ley competente. Distinta es su función como puede verse. Además el concepto de "orden público" —según lo dicho antes— califica una materia pero no una solución ni un principio. Por ello entiende debe evitarse la confusión resultante de utilizar un mismo nombre para dos cosas tan diferentes (16).

De cuanto se lleva expuesto resulta necesario concluir:

1º. Que cuando se trata del orden público en las disposiciones legales o en los convenios relativos a relaciones internacionales, no se trata del orden público interno sino del orden público internacional de un determinado ordenamiento.

2º. Que concebido el orden público internacional como un sistema con un ámbito más reducido que el que corresponde al orden público interno, resulta que muchas disposiciones imperativas comprendidas en el círculo de aplicación de este último están fuera del círculo de aplicación del orden público internacional, lo que implica que numerosas disposiciones imperativas de orden público interno carecen de vigencia en cuanto al ámbito de las relaciones jurídicas internacionales.

He aquí reconocida la absoluta libertad del árbitro internacional respecto de las leyes imperativas no comprendidas en el ámbito del orden público internacional.

Sección IV. Fundamentos del especial sistema del orden público en el comercio internacional.

A) Pueden resumirse como sigue:

a) La consideración de que el comercio internacional es actividad esencialmente beneficiosa, para el desarrollo del bienestar de la humanidad, y que por ello debe ser protegido.

b) El predominio de ideas liberales, en orden a la supresión de barreras de todos los órdenes, que obstaculizan al comercio internacional, imponiendo numerosas cortapisas y complicaciones.

c) La consideración de la existencia de una comunidad internacional de naciones cuyas relaciones comerciales son producto del espíritu de empresa y, de un régimen de libertad. Ello requiere que los sistemas de resolución de controversia aplicable a los contratos internacionales sean claros y sencillos y dependan de la voluntad de las partes en primer término, la designación de los árbitros y se respeten los usos comerciales.

d) La limitación al máximo de las instituciones restrictivas de la libertad de elección de la norma. Consiguientemente el orden público internacional debe quedar reducido al mínimo.

e) La consideración de que el reconocimiento de la efectividad de la cláusula arbitral conforme al artículo II del Convenio de Nueva York de 1958, implica que el árbitro recibe por acuerdo de las partes y directamente de estas,, el poder de resolver la controversia. Además el árbitro no es órgano del Estado de la sede del arbitraje, y por tanto carece de "lex fori". Ello significa que el derecho internacional privado del Estado o Estados implicados, no obliga por sí mismo a los árbitros internacionales. Esta doctrina se confirma al contemplar como por la vía de los recursos contra el laudo o en los casos de reconocimientos y ejecución de laudos extranjeros los Tribunales de los países más adelantados, excluyen toda clase de control sobre esto punto.

B) Ello por otra partes es'ta de acuerdo con el convenio Europeo de Ginebra (1961) sobre arbitraje comercial internacional que en su artículo VII dispone que las partes son libres para determinar el derecho aplicable al fondo del litigio, lo que resulta incompatible con la aplicación forzosa de reglas imperativas sobre conflictos de leyes. Si las partes no hicieran tal designación, los árbitros aplicarán la ley designada por la regla de conflicto que juzgaren más apropiada al caso. Como puede verse, aún en este segundo supuesto la regla de conflicto no se impone por sí misma, sino por elección de los árbitros. Nada está más lejos de lo expresado, la idea de un sistema imperativo de normas de conflicto que obligue a los árbitros. Esta fórmula en a que el libre poder de las partes es complementado por el libre poder de los árbitros si los primeros no hicieran la designación de ley, ha tenido un amplio desarrollo en las legislaciones, y en los reglamentos de las instituciones arbitrales más importantes.

Ejemplos de ellos son las legislaciones francesa (art. 1496 NCPC), Holanda (art. 1054 CPC) y Suiza (187.1 LDIP) así como la ley tipo de la UNCITRAL y los reglamentos de la CCI y de la CNUDCI.



Ahora bien la autonomía respecto de la designación de la ley no supone desligarse del orden público internacional del ordenamiento señalado que debe ser concebido del modo antes dicho. Por otra parte es obligatorio en el arbitraje comercial internacional, el respeto a los principios generales reconocidos en el derecho de gentes a los que expresamente se refiere el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia.

La obligación de respetar estos principios generales está separada de toda conexión con la controversia, se aplican por sí mismos directamente. Se habla entonces de orden público verdaderamente internacional a fin de que se entienda que esta obligación debe cumplirse por los árbitros sin atender a los puntos de conexión del litigio con un país concreto. Así lo dicen algunos autores quienes señalan que la práctica ha producido una serie de reglas y principios cuyo valor es reconocido a nivel del comercio internacional (17).

Sección V. El orden público y la condición de arbitrable de la controversia.

A) La determinación de la arbitrabilidad de la materia controvertida, sólo puede hacerse atendiendo a la ley aplicable.

Esta es la ley que regula el convenio arbitral. Si este no hace mención de la misma se aplicará la ley que regula la relación jurídica controvertida. La designación de ella se hace por las partes, directamente, en ocasiones. Fuera de estos casos el Tribunal arbitral la determina en atención a ciertas conexiones que juzga prevalentes.

B) Esta doctrina lógicamente construida sobre principios válidos, queda excluida en aquellos casos, en los que los Tribunales de Justicia han elaborado una doctrina jurisprudencial, expresada en reglas de carácter material, aplicables directamente al arbitraje internacional. De ello resulta que la ley extranjera que rijan el convenio arbitral tiene sólo una influencia limitada. Este es el caso del sistema francés al que dedicaremos el análisis siguiente (18).

C) Como antecedente y exposición de motivos del nuevo Código de procedimiento civil (NCPC) el Ministro de Justicia francés en su informe al Primer Ministro, respecto del Decreto de 1981 por el que se instrumentó tal reforma hizo algunas interesantes declaraciones.

Entre ellas la más importante es la de que "las nuevas disposiciones sobre arbitraje internacional, contenidas en el nuevo código, sólo se refieren al procedimiento, y en modo alguno, ponen en tela de juicio los principios sólidamente establecidos, por la jurisprudencia

cia del Tribunal de Casación, en lo que se refiere al régimen jurídico del arbitraje internacional. Así ocurre señaladamente, con lo relativo a la eficacia del convenio de arbitraje internacional, respecto del que se ha declarado que no puede oponerse obstáculo alguno por razón de que fuese nulo el contrato principal; que el convenio arbitral se refiera a un litigio todavía no nacido; que el convenio arbitral fuese concertado por un Estado o una persona moral de Derecho público, o que las reglas por las que la controversia deberá ser resuelta, tienen el carácter de orden público".

Nos corresponde aquí hacer un breve análisis de esta creación jurisprudencial francesa no sólo por su elaborada doctrina, sino por el destacado valor que alcanza en la materia que estudiamos el ejemplo que ofrece dicho país a los demás.

Podemos sintetizar el sistema en los puntos siguientes:

a') El convenio arbitral es autónomo e independiente del contrato básico. Las imperfecciones de este que pudieran originar una nulidad absoluta o relativa, y sus demás vicisitudes históricas, como su caducidad o extinción por otras causas, no trascienden a la cláusula arbitral que resulta inmune a ellos. En consecuencia los árbitros tienen competencia para resolver sobre su propia competencia. Este principio fundamental —competencia sobre su propia competencia— corona la importante doctrina de la autonomía de la cláusula arbitral y es consecuencia directa de lo establecido en el Convenio de Nueva York de 1958.

b') La presunción de validez de la cláusula arbitral es otra regla fundamental. Contra esta regla del "favor validitalis" se estrellan las leyes extranjeras contrarias. Ello está también de acuerdo con los Convenios Internacionales y con las legislaciones más adelantadas.

Con ello se cierra el foro francés a todo intento de penetración —a través de una ley extranjera— de las pretensiones sobre nulidad absoluta o relativa del convenio arbitral. La posibilidad de estas pretensiones se encuentra muy próxima incluso en el derecho francés. El Código civil de éste país prohíbe la cláusula arbitral (art. 2061). Sólo admite el compromiso que por su propia naturaleza supone que la cuestión litigiosa existe ya. El convenio arbitral que previera esta solución, respecto de cuestiones litigiosas que en el futuro pudieran nacer de una relación jurídica determinada, no es admisible en el derecho interno francés, salvo en materia comercial.

Más esta doctrina no rige en el arbitraje internacional. Desde la Sentencia del Tribunal de Casación de 19.6.1970 en el asunto Hecht, todo litigio futuro o eventual puede estar previsto en una cláusula arbitral. Es excepción de esta regla el caso de que fuese

indisponible el derecho litigioso, como luego veremos.

c') La validez del convenio arbitral se reconoce incluso en el caso de que aquel fuera suscrito por un Estado o alguna entidad pública interesada en la cuestión.

De esta forma queda excluida la prohibición establecida en el artículo 2060 del Código Civil francés que queda relegada al arbitraje interno.

d') Se admite que la controversia sometida a los árbitros requiera la aplicación de las reglas de orden público. Se ha superado un criterio anterior, que llevaba a excluir del arbitraje toda cuestión que implicase la aplicación de aquellas. Un posterior análisis demostró que las reglas de tal naturaleza, lo que imponen es que se resuelva conforme a su contenido, y no otra cosa, es decir aplicando sus efectos negativos y positivos. Además aún cuando la función de constatación del orden público fuera más complicada, es conforme a los Convenios internacionales y a la doctrina más ajustada a aquellos, que no existe causa de exclusión de la competencia arbitral por este motivo. Además la custodia del orden público internacional, está referida al sistema de motivos de impugnación del laudo, por vía de recurso ante los tribunales conforme a la ley del foro, y en el momento del "exequatur" según la "lex fori executionis".

El criterio que acabo de exponer es sostenido por una "praxis" sólidamente establecida por los árbitros internacionales. Asimismo la doctrina francesa entiende que si la ley extranjera aplicable, tuviera un criterio más amplio que la francesa respecto de la arbitrabilidad de la materia no habría lugar a la excepción de orden público más que en el caso de que tal ley extranjera violase el orden público internacional francés. Mayer sostiene esta opinión. De Boisseson la ratifica y agrega que desde este punto de vista nada se opone a la ejecución en Francia de un litigio que afecte al derecho norteamericano sobre cuestiones de concurrencia (19).

D) Me referiré ahora a otras cuestiones complementarias: Cuando el derecho litigioso no es de libre disposición por las partes o es de la competencia exclusiva de una autoridad estatal. La segunda cuestión a examinar hace referencia a la violación del orden público realmente internacional.

Los árbitros tienen facultad para determinar si el objeto de la controversia es o no arbitrable. Su criterio ha de formarse atendiendo a la ley que regula el fondo de la cuestión (20).

Este principio esencial lo proclaman numerosas legislaciones de modo expreso. Así lo hacen Francia, Italia y Bélgica. Estas dos últimas hacen referencia a la transacción lo

que parece recaer en una vieja visión contractual del arbitraje que hoy día no debe seguirse.

Si la materia no es arbitrable, no puede tener lugar el arbitraje. No pueden enumerarse "a priori" con propósito integrador, los límites de esta materia que pueden variar. En términos generales puede decirse que no son arbitrables en algunos países, las materias relacionadas con el estatuto personal y el familiar (21). También se incluyen en este grupo las materias referidas a reglas de orden público de carácter protector (derechos de asalariados, arrendatarios y consumidores), que están fundados sobre una situación que se considera merece protección. Se plantea aquí la cuestión relativa al caso de que la ley extranjera aplicable al contrato considerase arbitrables algunas de estas materias excluidas por la ley del foro. La discusión entrecruza opiniones de gran envergadura. De una parte se sostiene que ello debe admitirse por respeto a la cláusula arbitral y porque el orden público internacional de los países más adelantados no lo prohíbe. De otra parte se niega tal aserto, ya que la determinación de la materia arbitrable se hace por normas expresas de la ley del foro y constituye un sistema de reglas de orden público, con proyección internacional. La cuestión es tan fuerte que la jurisprudencia francesa no se ha atrevido a saltar la linde. sólo ha admitido como arbitrable un contrato de representación comercial con retribución fija. Pero aquí el "iter" discursivo ha tenido otra orientación técnica, ya que al calificar a aquél contrato como mandato retribuido, se le ha separado del sistema de orden público de protección antes definido.

E) El derecho de suspensiones de pagos y quiebras.

Otra cuestión importante es la que se origina en las quiebras y suspensiones de pagos y que exige precisar si estos juicios universales desde su iniciación, y por razón de la "vis atractiva" que tienen atribuida, llevan consigo la ineficacia de la cláusula arbitral relativa a cosas o derechos comprendidos en la masa de bienes objeto de tales procedimientos.

La cuestión es muy interesante y constituye un claro caso en el que no pueden adoptarse criterios rígidos "a priori", distinguiéndose las diversas fases de tales juicios universales precisando en qué momento puede actuar el convenio arbitral. Un ejemplo de solución nos lo ofrece el derecho francés que primero por vía jurisprudencial, y luego por medio de ley "ad hoc" ha construido un sistema importante (22).

A estos efectos distinguiré dos supuestos. El primero se produce cuando el convenio arbitral es concertado antes de que se inicie uno de dichos procedimientos; el segundo en el caso contrario. Seguiré la exposición de De Boisseson (23).

Con relación al primero puede decirse que según la ley y la jurisprudencia, la exis-

tencia de un juicio universal no es un obstáculo para la efectividad de la cláusula arbitral (S. de la Casación Comercial 12.2.1985).

Según el derecho anterior el convenio arbitral era oponible a la masa objeto del procedimiento, pero después de la ley 25.1.1985 el convenio es oponible al juicio universal de quiebra y ninguno de los órganos de éste ni de la suspensión de pagos, ni el propio deudor pueden impugnar el convenio arbitral ni el compromiso concertado antes de iniciarse el procedimiento (S. 12.2.1985 Casación comercial).

La cláusula debe referirse exclusivamente a relaciones contractuales entre el deudor y los terceros, y sin contener nada que fuere contrario a las reglas de procedimiento. La competencia para entender en estos procedimientos sigue perteneciendo al juez, con carácter exclusivo (art. 174; Decreto de 27.12.1955).

Como consecuencia de la iniciación de estos procedimientos, el de arbitraje cae bajo la acción de la regla que ordena la suspensión de los procedimientos individuales, pero esta suspensión no es absoluta, sino que está limitada en el tiempo. Dura hasta que el acreedor que hubiese concertado el convenio arbitral con el deudor obtuviese el reconocimiento de su crédito y reclame al administrador judicial y al representante de los acreedores que se de cumplimiento al convenio arbitral reconociendo su peculiaridad y se le expida el documento que acredite aquel reconocimiento.

A efectos de que continúe el procedimiento arbitral, comunicará al árbitro el reconocimiento de su crédito, entregándole copia del documento correspondiente. Deberán ser parte en el procedimiento arbitral el administrador judicial y el representante de los acreedores. Aquí se produce la reanudación del arbitraje adaptado a las nuevas circunstancias. Los árbitros dictan su laudo pero con una importante limitación. Sólo pueden resolver sobre el importe de la deuda *pero no pueden condenar al deudor a su pago* (Ley 1985, art. 48, in fine).

Como consecuencia de ello el acreedor seguirá una vez determinado el valor de su crédito, las vicisitudes de la suspensión de pagos o de la quiebra, quedando sometido a las reglas generales que se acuerden por los órganos del procedimiento universal.

Cuando la cláusula compromisoria o el compromiso no se hubieran puesto en actividad antes de la iniciación de los procesos antes expresados, no es posible requerir al árbitro y hay que esperar al trámite de reconocimiento de créditos. El juez comisario resolverá, si estimase que las cuestiones son de su competencia. El acreedor tiene dos meses, bajo pena de caducidad para acudir el Tribunal arbitral procediéndose conforme a lo dicho antes.

Pasemos ahora al segundo caso de los anunciados inicialmente. Me refiero a aquél que se caracteriza por el hecho de que la cláusula arbitral, o el compromiso, han sido concertados después de haberse iniciado el procedimiento de suspensión de pagos o el juicio de quiebra. Como es notorio la ley francesa confiere competencia exclusiva al tribunal que tramita tales procedimientos, para entender de todas las cuestiones que afecten a los mismos. Por tanto la cláusula arbitral, o el compromiso en este caso, sólo puede referirse a cuestiones periféricas, es decir no comprendidas en el círculo de competencias del órgano judicial. Esta es, en consecuencia la materia arbitrable —la única materia sobre la que se puede ejercer la facultad de concertar convenios arbitrales o compromisos, que se concede al administrador o liquidador y al deudor. La regla de atribución de competencia es aquí íntegramente respetada. El concepto de orden público se amplía y la autonomía de la voluntad se circunscribe a una zona más estricta atendiendo a la intervención necesaria de los órganos judiciales. Aquí el arbitraje actúa en una línea que interfiere el normal desarrollo del proceso judicial. En consecuencia, se reserva a este la preeminencia atendiendo a la naturaleza de procedimientos colectivos o universales que tienen los procesos mencionados. Se reserva al árbitro la facultad de decidir sobre el importe del crédito, nacido de relaciones contractuales entre el deudor y el tercero, pero ni el árbitro puede resolver válidamente sobre el reconocimiento del crédito —aunque sí sobre su importe definitivo— ni puede dictar resolución condenatoria para el deudor, porque esta obligación resultará de las resoluciones o acuerdos que adopten los órganos de la quiebra o de la suspensión de pagos.

Volviendo al ejercicio de las facultades de concertar arbitraje en tales situaciones conviene distinguir diversos supuestos:

a') En los casos de liquidación judicial equivalente a nuestro juicio de quiebra, el deudor ha perdido toda facultad de disposición de los bienes. Por ello el liquidador judicial recibe el poder de comprometer o transigir en virtud de la autorización que le confiere el Juez-Comisario y que está sujeta a homologación por el Tribunal en determinados casos.

b') En los casos de suspensión de pagos (*redressement judiciaire*), el deudor no queda desprovisto de toda potestad sobre los bienes, una vez acordada judicialmente la iniciación del procedimiento correspondiente. Ello sólo se produce cuando el Tribunal decidiera que el administrador asista o sustituya al deudor (artículo 31 de la Ley citada) para la realización de ciertos actos, entre los que se comprenden la concertación de convenios arbitrales. Nunca podrá el deudor concertar compromisos por sí mismo. Este negocio jurídico está comprendido en la lista de actos que requieren la autorización del Juez-Comisario, durante el llamado período de observación. Estos actos son la transacción, la constitución de una hipoteca, y en general los actos de disposición que exceden del campo habitual de la gestión normal de una Empresa. Los actos realizados violando tal prohibición, son anulables a petición de cualquier interesado, que cuenta con un plazo de tres meses desde su

concertación.

Un supuesto que se plantea en este caso es el de que se dicte una sentencia arbitral, antes de que se demande la nulidad del convenio arbitral. La única solución factible es la de impugnar la sentencia citada por los motivos de nulidad de la sentencia arbitral recogidos en la ley. Otra posibilidad sería la de la intervención de un tercer interesado según el régimen procesal francés que admite la "tierce opposition".

Este sistema construido para el derecho interno francés es aplicable asimismo al derecho internacional. Las reglas de carácter imperativo que se contienen en la citada Ley de 1985 se aplican a los arbitrajes internos e internacionales nos dice De Boissesson que agrega que esta solución que estima favorable al arbitraje está en uso por las principales naciones que ejercen un papel destacado en el comercio internacional y ha sido aplicada a diversos casos a los arbitrajes sometidos a la CCI de París.

Nos queda sólo terminar esta materia con la cuestión relativa a una ley extranjera que rigiera que fuere más liberal que la ley del foro en materia de arbitrabilidad de quiebras y suspensiones de pagos y algún juicio universal de los citados. La sentencia extranjera en la que se aplicase tal ley (sentencia arbitral), debería ser reconocida en Francia, sin que se elevase contra ella la excepción de orden público. Hay quienes piensan que ello es posible. La idea es atrayente. No existe jurisprudencia conocida. A mi entender habría que matizar en qué consiste el carácter más liberal de la ley extranjera. Si los principios esenciales del régimen de las quiebras y suspensiones de pagos de la ley del foro son respetados. (Examen y graduación de créditos; Par conditio creditorum etc.) creo que sería admisible tal opinión. En otro caso no podría seguirse.

c') Veamos ahora otros campos, en los que el arbitraje queda excluido por razón de normas imperativas, que cubren amplias zonas del tráfico jurídico. Me refiero a la arbitrabilidad de las cuestiones relacionadas con el derecho de la concurrencia, con la atribución de competencia exclusiva en favor de una autoridad estatal, a los derechos de propiedad industrial y comercial y por último a los supuestos de violación del orden público realmente internacional.

1º. En cuanto a las normas que constituyen el derecho regulador de la concurrencia o competencia, puede afirmarse que son reconocidos como de libre disposición de las partes —y por consiguiente constituyen materia arbitrable— cuando se refieren a una controversia ya nacida o iniciada. Un ejemplo de este criterio lo constituyen el derecho suizo y el alemán. En el campo internacional Suiza con su nueva ley federal sobre los carteles, de 29.12.1985 ha declarado expresamente la arbitrabilidad de las cuestiones de esta naturaleza. La existencia de la Comunidad Económica Europea supone la existencia de normas

que vinculan al árbitro internacional. El orden público comunitario de la concurrencia ha de ser respetado. El derecho comunitario recuerda este deber en numerosas referencias y la jurisprudencia de la CCI se orienta en el mismo sentido como puede verse en su Sentencia 4604. Ello tiene como consecuencia la atribución de la cualidad de arbitrables de aquellas controversias que se refieren al derecho de la concurrencia comunitaria.

2º. En cuanto a la propiedad intelectual, industrial y comercial el criterio prevalente es negativo. Se entiende que no son derechos disponibles por las partes. Ahora bien esta afirmación debe explicitarse frente a ciertas situaciones.

2.a) El derecho de autor o el derecho a una patente, o a una marca, o a una obtención vegetal se califican como derechos de propiedad, que atribuyen un monopolio legal, que va unido a un acto de intervención oficial o a un signo o elemento distintivo. Lo contrario ocurre con el know-how que se considera un derecho de naturaleza contractual, pero no de origen legal. Todos los derechos referidos al know how que carecen de protección legal deben considerarse de libre disposición de las partes. el concepto aludido en la práctica es de contenido heterogéneo. Unas veces se trata de descubrimientos técnicos que no reúnen las condiciones exigidas para ser patentados. Otras veces si los reúnen pero no se registran por temor a la copia o imitación por parte de los competidores. Aquí hay materia para constituir una propiedad industrial, pero voluntariamente, y por razón de protección no se registra. No existe por tanto monopolio legal, y por tanto sólo hay un derecho de origen contractual libremente disponibles por las partes.

2.b) Debe hacerse una distinción entre los derechos que la ley confiere como monopolio al inventor, de aquellos otros que se derivan de los primeros. Tal es el caso de los litigios relativos a los contratos de licencia, que son objeto de sometimiento a los tribunales arbitrales, y la práctica conoce numerosos casos de esta clase.

La doctrina se plantea aquí el clásico problema —ya enunciado por mí antes— de si la controversia se regule por una ley extranjera, más favorable que el derecho del foro, puede procederse, sin excepción por razón de orden público, al reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera en que así se declare. Las mismas razones que antes expusimos justifican esta doctrina. Aquí se abre una extensa zona en el arbitraje internacional atendidas las diferentes legislaciones aplicables. Conforme al derecho de otros países, por ejemplo el de los Estados Unidos, existen materias que son arbitrables. Tal es el caso de la arbitrabilidad de las controversias sobre validez de las patentes. En tal caso se entiende que tales cuestiones deben ser admitidas por el derecho francés (23).

2.c) En ciertas ocasiones, las disposiciones aplicables de naturaleza procesal, atribuyen la competencia para conocer de la controversia, a un determinado órgano judicial o

de otro orden. Aquí es necesario proceder a una interpretación cuidadosa de la norma, para saber si estamos ante una norma imperativa que comprende incluso al arbitraje sobre derechos disponibles por las partes, o si tal circunstancia no se da. Así lo reconocen Lalive, Poudret et Reymond. (24).

La finalidad del análisis expresado se orientará sobre las clásicas coordenadas del arbitraje internacional, con su distinción entre orden público interno y orden público internacional, y la evicción del primero como consecuencia de la cláusula de arbitraje internacional.

4.d) Llegamos al último caso que queríamos tratar que se refiere a la violación del orden público realmente internacional. Este concepto es distinto de los de orden público interno y orden público internacional de un ordenamiento interno. Se diferencia de ellos en razón de sus fuentes, y está constituido por una serie de principios que son básicos para la organización y funcionamiento de la sociedad internacional. Es el resultado todavía no terminado, y a veces incierto, de una síntesis de reglas cuyo respeto se impone al árbitro internacional, cualquiera que fuere el derecho estatal que se aplique al fondo de la controversia (25).

Un caso claro de aplicación de estos principios o de este orden público verdaderamente internacional está constituido por aquellas cuestiones que se refieren a "materias corruptas". Nos referimos a aquellos contratos contrarios a la moral y las buenas costumbres a los que el derecho y los Tribunales niegan su protección, por caer fuera del campo del objeto lícito de los contratos, y por suponer el desarrollo de una actividad contraria a principios esenciales del orden jurídico y moral.

La cuestión se ha planteado al tratar del cobro de comisiones derivadas del tráfico de influencias, o de operaciones inmorales. Ya en 1963 el Juez Lagergren en una primera reacción contra esta "materia sucia" había sostenido que "contracts wich seriously violate 'bonos mores'; or international public policy, are invalid or at least unenforceable an (...) they cannot be sanctioned by courts of arbitrators" (Sentencia 1110 de la CCI). Los árbitros internacionales actualmente, no consideran que estos casos impliquen su declaración de incompetencia, sino que al contrario, deben entender del fondo de los mismos y si el caso es "materia sucia" sancionar una conducta intolerable por razones de ética comercial y por razón de la comunidad internacional.

Existe una profunda reflexión sobre estas materias. Está contenido en un trabajo de Lalive sobre el orden público trasnacional, antes citado. Distingue, fundándose en el conocimiento de la práctica la posición del árbitro, de la posición que corresponde a las partes. Respecto del árbitro dice que asume la misión de garantizador del orden público internacio-

nal. A ella no puede renunciar en ningún caso. El orden público trasnacional se impone asimismo a las partes. Estas no pueden conseguir por vía del arbitraje internacional, el reconocimiento de un contrato contrario a las buenas costumbres, por razón de su objeto (tráfico de drogas, ayuda a la subversión, o al terrorismo, etc...) o por las circunstancias de su concertación (corrupción en su más amplio sentido). (26).

El árbitro cometería asimismo una violación del orden público trasnacional, cuyo respeto debe asimismo asegurar, si admitiese comportamientos contrarios a la buena fe, como sería el caso de un Estado signatario de un convenio arbitral que invocase la excepción, según su propio derecho, de ser incapaz para comprometer, o una resolución arbitraria del compromiso de arbitraje. La misma opinión sostiene Oppetit.

Podemos ver aquí que el orden público trasnacional, es una reserva de moral y de buenas costumbres, que sirve para mantener a la justicia arbitral inmune, frente a las torcidas manipulaciones de quienes quieren servirse del derecho —desnaturalizándolo— para conseguir sus torpes fines.

Cuanto lleva dicho en nada se opone a la licitud de comisiones cuando correspondan, sin fraude alguno, a necesidades del comercio internacional efectivamente comprobadas. Así lo reconoce claramente la doctrina.

Para terminar este análisis me referiré al derecho económino internacional. Este se compone por el derecho financiero en amplio sentido (banca, bolsa, derecho de sociedades y otras entidades, derecho de relaciones económicas con el extranjero, derecho de la concurrencia y derecho de la propiedad industrial y comercial). La doctrina se plantea la cuestión de si la violación de una regla de orden público económico, es una violación del orden público verdaderamente internacional. Ello equivale a preguntarse si las reglas del derecho económico interno pueden elevarse al rango de principios esenciales de la comunidad internacional. Hecha esta aclaración parece implícita la contestación. No pueden atribuirse al ámbito competencial del orden público realmente internacional, *todas* las disposiciones de orden económico que los Gobiernos puedan considerar oportuno establecer por razones coyunturales, y a veces por métodos técnicos discutibles. Lo expuesto en nada se opone a ue un árbitro o un juez determinado, pueda estimar existe una violación del orden público internacional de su ordenamiento jurídico, cuando se viole una ley de orden público económico de su país, pero nunca puede entenderse, según lo dicho, que estas leyes de orden público económico forman parte del orden público realmente internacional (27).

Debo agregar a lo dicho que en lo referente a las leyes de policía, tan diferentes de las cuestiones de orden público, se plantea la cuestión de si aquellas se imponen a los árbitros. En algún caso así se ha estimado por considerar que tales leyes de policía econó-

mica debían ser aplicables de oficio e incluso llevan consigo la nulidad total o parcial del contrato. Así se entendió en la cuestión n. 4132 resuelta por arbitraje de la CCI en 22.9.1983 Yearbook vol. X 1985 pág. 49. De ello trataremos más adelante.

Sección VI. Las leyes de aplicación inmediata y su comparación con las de orden público.

A) Se trata de dos sistemas de protección de principios o valores fundamentales, contenidos en el ordenamiento del foro, que hacen prevalecer otra ley, frente a la aplicación de la ley extranjera designada por la regla de conflicto.

El orden público, como dije antes, es una excepción que se opone a la ley extranjera y que provoca dos efectos. El primero es la llamada "evicción de la ley extranjera", mediante la suspensión de la eficacia de la regla de conflicto. A este efecto negativo, se agrega otro, posterior y positivo, por el que se reconoce la "vocación universal" de la ley del foro. Como el orden público es un principio general, la norma que lo formula no contiene un precepto de carácter material que regule la relación jurídica de que se trate; este ha de hallarse después en el sistema de la ley del foro.

Por el contrario, las leyes de aplicación inmediata están constituidas por normas de contenido material, que regulan específicamente una relación jurídica, tanto en el campo interno como en el externo, y que suponen, de por sí, la exclusión o eliminación del sistema general de norma de conflicto.

B) La terminología empleada para distinguirlas es numerosa. A veces se habla de leyes de aplicación necesaria, otras de leyes de policía y seguridad, o simplemente de policía.

También se las llama de orden público, debiendo advertirse que aquí se trata de un orden público puramente positivo, que impone la aplicación de la ley del foro sin atender a la ley que designa el sistema de normas de conflicto, del que prescinde. Su campo de aplicación queda definido por sus propias disposiciones. De este hecho se deriva su denominación debida a Francescakis (28).

Las leyes de policía son aquellas cuya observancia se impone por ser necesaria "para salvaguardar la organización política, social o económica de un país" (29). De aquí se deriva su nombre ("lois de police et sureté" en el derecho francés).

Por ello la terminología estudiada es criticada, por cuanto queda excluido uno de

los efectos característicos de la noción de orden público, cual es su efecto negativo, que provoca la evicción de la ley extranjera aplicable, según las reglas de conflicto de leyes. La ley de aplicación necesaria supone la omisión total de estas normas de conflicto. Un ejemplo claro de las mismas está en la legislación social o laboral que se aplica a todo contrato de trabajo, por el hecho de cumplirse en territorio del Estado del foro. No importa que las partes hubieren válidamente pactado, que el contrato se rija por un derecho extranjero. Otro supuesto es el de las medias educativas en favor de los menores abandonados. Tienen como misión garantizar un nivel mínimo e intocable, establecido por la "lex fori".

C) Al lado de estas leyes existen otras leyes de aplicación inmediata, pero no de policía, cuya finalidad no queda comprendida en aquel "minimun" social, antes definido, que constituye el núcleo protegido por las leyes de policía. Tal es el caso del conocido artículo 992 del Código Civil de los Países Bajos, que disponía, con derogación manifiesta de la regla "locus regit actum" que los ciudadanos de dicho país no podían otorgar testamento ológrafo en el extranjero, extendiendo así a la esfera internacional una prohibición contenida en el artículo 992 de dicho Código, y aplicable al derecho interno.

La diferencia entre ambas clases de leyes de aplicación inmediata trasciende al momento de su aplicación. Las verdaderas leyes de policía inhiben, por su misma naturaleza, al sistema de reglas de conflicto, atendida su función de garantes de un mínimun social y político. Las otras leyes de esta clase, pero no de policía, sólo deben reconocerse como tales, sobre la base de un texto en que así se declare. No obstante, la frontera entre ambos conceptos puede en la práctica ser mal interpretada. Otras veces por la aplicación de la excepción de orden público puede llegarse al resultado que aquí se critica, es decir al reconocimiento de tal cualidad de ley de O.P. sin declaración expresa en el texto.

D) Se ha discutido la naturaleza de estas leyes de aplicación inmediata. Aquellas que no revisten el carácter de leyes de policía pertenecen al derecho privado. Un gran número de autores consideran a las leyes de policía como parte del derecho público, o al menos integrando una zona mixta o gris, en la que se mezclan los elementos de derecho público y privado. La cuestión es importante en orden a la interpretación. No pueden insertarse en el campo de la aplicación internacional de las leyes de policía los métodos de razonamiento propios del derecho público. La doctrina francesa hace un análisis más profundo y propone una distinción dentro del grupo de las leyes de policía, distinguiendo entre aquellas que contienen elementos de derecho público simplemente, de aquellas otras que produzcan efectos en el campo del derecho privado. (30).

Como resumen de esta indagación, puedo decir que las reglas de aplicación inmediata, son aquellas a las que se atribuye un régimen de aplicación, distinto y separado del establecido por las normas de conflicto. Las razones que a ello llevan, son la voluntad de

la ley, expresada en su texto (caso de las leyes que no son de policía y seguridad) o la función social de garantía de mínimos lo lleva consigo (31) que es el caso de las leyes de policía.

E) Nos corresponde aquí hacer algunas consideraciones de tipo práctico en orden a la aplicación de estas leyes distinguiendo las que corresponden al sistema jurídico del foro y las que pertenecen a un sistema jurídico extranjero.

En cuanto a las primeras diremos que obligan a todos los que habitan en un territorio determinado, según fórmula habitual en las leyes civiles. La doctrina, especialmente la francesa, ha señalado que esto no quiere decir que exista sólo un punto de conexión, fundado en el hecho de habitar en un territorio determinado. De hecho las líneas definitorias del campo de aplicación mínimo internacional de estas leyes, son muy variados y atienden a otros extremos.

En cuanto a las leyes de aplicación inmediata, pero que no son de policía, recordaré que sólo pueden reconocerse por un texto que les atribuya tal condición, ya que no las identifica su función social.

Las normas o leyes de esta clase están sujetas a un principio o cuestión previa. Por sí mismas, no son aplicables necesariamente en el campo internacional. Hay que tener en cuenta, si se trata de lo que se llaman leyes autolimitadas, o lo que es lo mismo que son inaplicables fuera del campo definido espacialmente o personalmente en su propio texto, que dentro de este campo, sólo afectan a las relaciones jurídicas que dependen de la ley del foro, conforme a las reglas de conflicto del mismo. Aquellas otras relaciones jurídicas que no dependan de la ley del foro, no serán afectadas por las leyes de aplicación inmediata. Hay que señalar que según la experiencia internacional las leyes de aplicación inmediata, que no sean de policía, no revisten nunca el carácter de autolimitadas y que al contrario las que tuvieren este carácter de leyes de policía, tienen algunas veces establecida tal autolimitación. Es necesario, cuando se trata de su aplicación, ante todo precisar de manera adecuada, que el precepto que señala el campo de aplicación de una regla material, tiene un sentido y alcance internacional.

No es posible pasar más adelante en su identificación, atendido el gran número de casos e intereses, protegidos por las diversas legislaciones. Una referencia a las leyes de arrendamientos rústicos y urbanos, a las disposiciones imperativas de protección de los consumidores, a las reglas que rigen con el mismo carácter el contrato de trabajo, a ciertas disposiciones de los Códigos civiles sobre el estatuto patrimonial fundamental de los esposos y sobre la asistencia educativa de los niños abandonados y otras muchas sirven para identificar este concepto y constituyen ejemplos suficientemente ilustrativos.

En lo que se refiere a las leyes de aplicación inmediata extranjeras la naturaleza de las cosas hace que nos refiramos exclusivamente a las leyes de policía. Las que no tienen este carácter no suelen plantear cuestiones distintas que las que corresponden en general a un derecho privado extranjero. Si son leyes a las que remiten las reglas de conflicto del foro, se aplicarán. En otro caso no habrá lugar a ello.

En cuanto a las leyes de policía extranjeras podemos decir que el movimiento de las ideas nos ha llevado de una negativa absoluta a una aplicación condicionada (32). El derecho positivo de muchos países y los convenios internacionales se orientan por esta vía de reconocer la aplicación de las leyes de policía extranjeras. La Sala de lo Social del Tribunal de Casación de Francia ha admitido la posibilidad de aplicar las leyes de policía relativas al trabajo asalariado del país de ejecución, a un contrato de trabajo sometido a la ley francesa y ejecutado en el extranjero (31.5.1972). Lo mismo declaró el Tribunal de Casación de los Países Bajos en 13.6.1966. En Suiza la ley sobre el derecho internacional privado de 18 de Diciembre de 1987, en su artículo 19, permite la aplicación de una disposición imperativa extranjera integrada en un sistema jurídico distinto del que señala la ley suiza indicada, siempre que tenga relación con la situación considerada, y que lo exijan intereses legítimos y manifiestamente preponderantes, según la concepción suiza del Derecho.

La expresión literal dice que tal derecho "podrá ser tenido en consideración". Se trata de una redacción cautelosa, y, según Vischer, indica que una disposición de derecho público no puede, en principio, ser aplicada directamente en un procedimiento civil, y además, que el Juez no está vinculado a las sanciones establecidas por la ley extranjera, sino que tiene poder discrecional para determinar las consecuencias civiles de una ley extranjera. Por otra parte el artículo 7 del Convenio de Roma de 19 de Junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, dispone que "podrá concederse eficacia, a reglas imperativas procedentes de otra ley distinta de la que es designada por las reglas ordinarias de conflicto del Convenio (párrafo 1). Aquí "conceder eficacia" es lo mismo que "tomar en consideración" (33).

Terminaremos este punto con la afirmación de que los Tribunales de un país no son competentes para aplicar el derecho público de otro país. Sólo podrán tratar de los efectos civiles del mismo. Ello quiere decir que podrán aplicarse, cuando fueren de derecho privado, las leyes de policía y dispongan la nulidad de un contrato o de una cláusula de un contrato.

La tarea de seleccionar las leyes de policía extranjera, nos lleva a precisar que el orden público del foro podrá ser un obstáculo a su aplicación. También pueden ver su eficacia negada si son expresión de una política o defienden unos intereses económicos o socia-

les acusadamente distintos o contradictorios. Tal es el caso resuelto por el Tribunal Supremo de los Países Bajos, que se negó a aplicar en perjuicio del vendedor de un inmueble, situado en las Antillas Holandesas, una ley de Surinam, país de residencia del comprador, que exige permiso gubernativo, para tal operación y cuya omisión implicaba la nulidad de la operación. Tal medida, contraria al principio de libertad económica del comercio, se consideró inaplicable respecto de tal operación y de los intereses de las Antillas Holandesas (34).

Terminaremos aquí esta exploración del horizonte que rodea a estas leyes de aplicación inmediata con la referencia a una cuestión. En caso de choque u oposición de una ley de policía extranjera con otra ley de igual clase del ordenamiento del foro la ley extranjera no tiene efecto.

Sección VII. La noción de orden público y el derecho regulador del arbitraje comercial internacional.

A) El orden público está integrado en el sistema regulador del arbitraje internacional comprendido en el Convenio de Nueva York de 1958. La doctrina entiende que se refiere al orden público internacional del foro "exequutionis".

De modo expreso se le menciona en su artículo V.2.b), como una causa de denegación del reconocimiento y ejecución de una sentencia extranjera, cuando la autoridad competente comprueba —actuando de oficio o a instancia de parte— que aquella resolución es contraria al orden público de la ley del foro.

B) Esta referencia a la "lex fori exequutionis" lleva implícita la referencia al orden público internacional. De no ser así se daría al orden público interno relevancia internacional. Ello sería contradecir la evolución doctrinal y jurisprudencial sólidamente implantada.

C) Entre los motivos que las leyes internas establecen, como fundamento de un recurso de nulidad, o de apelación contra el laudo arbitral, suele estar el de ser contrario al orden público. Así se produce el derecho francés y el suizo entre otros. por el contrario otras legislaciones carecen de esta tipificación pero establecen otras causas en las que puede anidar este motivo. Tal es el caso del motivo de impugnación que hace referencia al hecho de haber ejercido los árbitros más allá de lo permitido las facultades que les fueron atribuidas o haber arbitrado materia no susceptible de ser resuelto por esta vía.

En este segundo supuesto esta peculiar excepción de orden público se articula por la parte perjudicada por la sentencia que se trata de ejecutar. No cabe la invocación

de oficio. En el Convenio de Ginebra de 1961 (artículo 9) se contiene una regla de denegación del "exequatur" análoga a la del artículo V.1.c) del Convenio de Nueva York señalando los motivos que caben en este supuesto.

Algunos textos positivos se refieren expresamente al orden público internacional. Así se produce el artículo 1502.5 del NCPC francés. Así se entiende respecto del artículo 190.5 de la Ley Suiza de 1987 sobre DIP, según doctrina jurisprudencial articulada por la S. del tribunal Federal Suizo 93-1 1-8 371. JDT 1968. 1338 pág. 427.

Sección VIII. Unas observaciones finales sobre el orden público internacional.

1º.- El orden público internacional evoluciona en el tiempo, ya que las leyes se modifican con alguna frecuencia, respondiendo a los valores esenciales que se quieren defender. Las posibilidades de conflicto con leyes extranjeras varían constantemente. Ello nos revela que es menester situar el conflicto en un momento o época determinada, ya que lo prohibido hoy puede estar permitido mañana y viceversa (35).

2º.- La reacción de defensa, propia del ordenamiento del foro, que se ejerce por medio de la excepción de orden público depende del grado de proximidad o de lejanía geográfica y jurídica de las relaciones que se someten a la ley extranjera.

En uno y otro caso la reacción del Tribunal judicial o arbitral varía. ante una relación jurídica próxima al ordenamiento del foro, será más difícil que admita una ley extranjera que lo contradiga de alguna forma esencial. Por el contrario cuando se trata de una relación sin proximidad alguna a la ley del foro, o al menos muy matizada, podrá resistir más fácilmente la aplicación de una ley extranjera.

3º. La doctrina ha señalado que la frontera entre una y otra situación y por tanto entre los dos criterios expuestos se encuentra en la situación de la relación regida por el derecho extranjero. La jurisprudencia francesa señala en cada caso un punto de conexión principal, en relación con el cual se determina si existe o no el grado de extranjería que permite que el desencadenamiento de la excepción de orden público no se produzca, y se justifica así el régimen legal extranjero, aplicable a una relación jurídica, que no deja de ser extranjera aunque se produzcan algunos efectos en Francia. Ya aludimos anteriormente a la famosa doctrina producida en el caso Riviére según la cual "la reacción frente a una disposición contraria al orden público, no es la misma según que ella oponga un obstáculo a la adquisición de un derecho en Francia o según se trate de dejar que se produzcan efec-

tos en Francia de un derecho adquirido sin fraude en el extranjero" (Casación civil I, 17.4.1953). En consecuencia puede deducirse de esta doctrina que el orden público reacciona con el máximo rigor, cuando se trata de la adquisición de un derecho en el territorio donde rige la ley del foro. El concepto de adquisición debe comprender todos los actos por los cuales se convierte una persona en titular de un derecho. Entre ellos está el de la sentencia o concesión de autoridad administrativa.

Por el contrario, el orden público reacciona mucho más suavemente cuando se trata de efectos en el territorio del foro, de derechos adquiridos en el extranjero. Se considera que tales relaciones jurídicas son ajenas y extrañas al sistema jurídico de la ley del foro. Estamos ante el llamado orden público atenuado. hay casos sin embargo en que los efectos en el territorio del foro, son incompatibles con el ordenamiento del mismo. El Tribunal de Casación francés ha declarado que todos los efectos de un matrimonio poligámico celebrado en el extranjero no son necesariamente admisibles en Francia (Casac. Civ. 17.2.1982). Pensemos aquí en un contrato de adquisición de esclavos. La jurisprudencia ha establecido nuevas distinciones atendido a la "inlandsbeziehung" o proximidad del punto de conexión de la situación con el territorio del foro".

Existe aquí una clara filosofía. El Estado del foro en materias que afectan al comercio internacional no pretende "exportar" sus convicciones y principios a todo el mundo. Tiene la conciencia de habitar en una comunidad internacional. Las relaciones jurídicas internacionales —tan beneficiosas en ciertos aspectos para el progreso de los pueblos— exigen renunciar a aplicar las propias leyes, incluso las de carácter imperativo. Esta es la consecuencia del sistema de las reglas de conflicto que elimina leyes imperativas del foro para abrir paso a las leyes extranjeras. Por ello una institución o una relación jurídica contraria a las disposiciones del orden público interno, no es "per se" y de modo necesario contraria al orden público internacional que tiene un radio más reducido y que señala los límites de la soberanía de un sistema jurídico respecto de las instituciones extranjeras (36).

Sección IX. Observaciones complementarias sobre otros Derechos extranjeros

Entiendo que no quedaría suficientemente documentado este capítulo sin las siguientes precisiones:

A) El sistema del orden público en la Arbitration Act de 1979.

La doctrina inglesa tiene un modo peculiar de expresarse. Ello no es nada nuevo;

lo mismo ocurre con su legislación. Unos juristas ilustres nos explican que la Sección 3ª de la Arbitration Act de 1979 dispone que un laudo dictado conforme al régimen del Convenio de Nueva York, puede sufrir la denegación del "exequatur", si su contenido fuere contrario al orden público inglés (public policy). La misma regla se aplica a todos los demás laudos. Lacónicamente nos dicen que los Tribunales ingleses han desarrollado una "interpretación estricta" del concepto de la public policy, bajo el sistema de la referida Ley. Ello nos permite intuir la existencia de una tendencia reduccionista de la eficacia de las normas de orden público del derecho interno. No obstante nos facilitan algunas indicaciones sobre el derecho positivo. en cuanto a la jurisprudencia citan una resolución que ni transcriben ni comentan (37) y a la que luego nos referiremos.

Algo más obtenemos de otra indagación realizada en el campo de la doctrina especializada en materia del arbitraje internacional. Sin embargo la posición adoptada revela un gran pragmatismo ante lo que consideran una situación en la que conviven interpretaciones dispares del Convenio de Nueva York de 1958, aunque reconocen el mérito de legislaciones más modernas, como la francesa, oponen sus reparos. Las observaciones de Redfern y Hunter sobre esta cuestión ls podemos reconducir a los siguientes puntos:

1º.- No constituye novedad para los juristas ingleses la distinción entre la "domestic public policy" u orden público interno y la "international public policy" u orden público internacional que se encuentra en las leyes y en la jurisprudencia de otros países. Pasado este punto que parece referirse a su formación doctrinal, vienen a reconocer que lo que es nuevo es que la "domestic public policy" u orden público interno pueda ser sustituida por razones fundadas en la "international public policy". Esto me parece desde el principio que es la esencia del problema.

2º.- No formulan oposición frontal a esta posibilidad, pero lo consideran como un proyecto estimable, aunque todavía no maduro. Con ello nos dicen que tal solución sería muy efectiva, ya que excluiría las disonancias producidas entre las concepciones del orden público vigentes en diversos países, lo que impide, muchas veces, que las sentencias arbitrales se ejecuten. Expresan su deseo de que fuere posible encontrar un concepto útil y aprovechable en la práctica para este orden público internacional. Como puede verse, y aún después de haber analizado brevemente el sistema francés, la noción del orden público internacional, está para los referidos juristas lejos de haber conseguido ser una realidad perfecta, ni doctrinal, ni legal.

Nos queda la duda de si la jurisprudencia puede haber comenzado casuísticamente este camino. Luego lo precisaremos.

3º.- La situación de hecho actual es la de que el orden público interno —la

"domestic public policy"— es motivo para oponerse al "exequatur" a favor de la sentencia o laudo arbitral extranjero. Ello es así tanto en el sistema del Convenio de Nueva York como en la Ley Modelo de la UNCITRAL. No aparece aquí, en modo alguno, el concepto de orden público internacional. Podemos preguntarnos si esta ausencia es sólo nominal. Luego lo veremos. No hay que olvidar que Sir Johan Steyn y V.V. Veeder Q.C. se refirieron, como dije antes, a una interpretación estricta del orden público elaborada por la jurisprudencia y que en otra parte de su citado trabajo al comentar la Arbitration Act de 1979 nos dicen que después de un período de prueba se pueden afirmar que aquella ha provisto un "pragmatic and hospitable regime for international commercial arbitration" (38).

4º.- Redfern y Hunter aciertan en la finalidad del orden público internacional, que es la de impedir que un laudo dictado en un arbitraje comercial internacional pueda ser anulado por consideraciones puramente domésticas o internas. El orden público internacional —dicen— no debería estar afectado por cuestiones de forma o consideraciones de orden público interno. A continuación plantean la cuestión de cual sería la actitud del orden público internacional respecto de cuestiones morales. Afirman que sería aquí presumible que no se tolerase el contrabando de drogas, el soborno, la corrupción y otras prácticas generalmente condenadas y que por tanto se rechazarían los laudos por los que se quisieran resolver alguna de estas cuestiones, y otras más de la misma naturaleza. Sin embargo llaman la atención sobre la disparidad de concepciones respecto a determinados aspectos o actividades. Los acuerdos de restricción de la competencia son un ejemplo de ello. En algunas partes del mundo, como la CE y los Estados Unidos, están sujetos a una regulación punitiva, en otras partes del mundo son mirados con indiferencia. En definitiva resumen su posición diciendo que los problemas abundan en la formulación del orden público internacional pero que ella no debe impedir el deseo o la necesidad de obtener una eficaz definición del mismo (39).

5º.- Los autores citados se refieren a una sentencia dictada por la District Court del District of New York en el caso *Parsons and Whittemore Overseas Co, Inc. v Société Générale de industrie du Papier (RAKTA)*. Aquí se formuló un argumento contrario al reconocimiento de un laudo por pretendidas razones de orden público ya que las relaciones entre los Estados Unidos y Egipto a la sazón están interrumpidas, y ello se quiso envolver con la excepción de orden público. El Tribunal, acertadamente rechazó esta argumentación refiriéndose a la general orientación del Convenio hacia la efectividad de los laudos, y declaró que sólo podía ser denegado el exequatur por razón de orden público cuando su ejecución "violase las más básicas nociones de moralidad y justicia del foro".

6º. Por último y recogiendo aquí la cita jurisprudencial hecha por Sir Johan Steyn y V.V. Veeder Q.C. antes referida diré que el 23.3.1987 la Court of Appeal de Inglaterra abordó la cuestión de si era contrario al orden público inglés una sentencia arbitral fundada

en principios generales internacionalmente reconocidos. La sentencia con relación al orden público declaró que las cuestiones de orden público no pueden ser nunca definidas exhaustivamente y que deben ser examinadas con extrema prudencia. Tiene que ser demostrado que aquí existe algún elemento ilegal o que la ejecución del laudo podía ser claramente ofensiva para el bien público o para el ciudadano medio o razonable y bien informado, en cuya representación los poderes del Estado se ejercen. Como resumen de su razonamiento estimaron, que al haber dejado las partes la elección del derecho aplicable a los árbitros, no les habían limitado al campo de los sistemas nacionales de leyes, y por ello al haber estos últimos escogido como ley, los principios generales antes referidos, por ser estos un común denominador de los principios que informan las leyes de las varias naciones que regulan las relaciones contractuales, no se habían excedido de las facultades conferidas por las partes.

Limitándonos aquí al orden público, por razón de congruencia con el tema del capítulo resulta que la jurisprudencia inglesa admite la relajación del orden público interno en materia de arbitraje internacional.

Esta definición cuidadosa revela que sólo las infracciones graves del orden público u ofensivas para el ciudadano medio, pueden dar lugar a la excepción de tal naturaleza frente a la solicitud de ejecución de un laudo extranjero.

Una vez más la jurisprudencia inglesa cuya labor no sólo interpretativa sino creativa es ampliamente reconocida y que frecuentemente estatuye sobre cuestiones no contenidas en el texto de las leyes, nos da una solución prudente de las cuestiones que aquí han sido objeto de investigación (40).

B) El sistema del orden público en la legislación alemana.

El derecho alemán se sitúa en el grupo de los países en los que el arbitraje ha logrado un amplio desarrollo. Los Tribunales de Justicia han declarado que no toda violación de los principios de orden público suponen la negación del exequatur. Esto sólo ocurre en caso extremos (Sentencias de 21.10.1971 y 3.4.1975). La primera del Tribunal Supremo Federal (Bundergerichtshoff) y la segunda del Tribunal territorial de Hamburgo (Overlandgericht). Si el laudo no está sujeto al régimen de Convenios internacionales se aplica la ZPO (Sección 1044). Esta dice en su párrafo 2 que es motivo para rechazar el reconocimiento y ejecución de los laudos si obviamente contradicen los principios esenciales de la ley alemana o la Ley Básica (Grundrechten). La doctrina afirma que la legislación alemana está al mismo nivel que la francesa, la suiza o la holandesa (41).

C) El sistema de orden público en Bélgica.

El artículo 1723, párrafo 2 del Código Judicial admite la excepción de orden público frente a los laudos. Los Tribunales tienen en cuenta una interpretación estricta del mismo como orden público internacional cuando se trata de laudos que deciden cuestiones relativas al comercio internacional. No obstante puede decirse que hay cuestiones que están limitadas tanto por éste como por el orden público interno. Tal es el caso del contrato de distribución exclusiva que produce efectos en Bélgica (42).

Notas

- (1) La cualidad apuntada, esto es la "fragilidad" del sistema de normas de conflicto aflora al considerar la eficacia de la excepción de orden público que demuestra el carácter, no absoluto, sino relativo que tiene la vocación de la ley extranjera según dicho sistema. Se descubre asimismo la "vocación general" de la ley del foro para regir toda clase de relaciones de derecho privado. Esta "vocación general" expresa la supremacía, en cierto sentido natural de la legislación del foro. Holleaux, Foyer y de Geouffre; *Droit international privé*. Masson 1987 pág. 286 nº 581.

La inhibición de la ley extranjera acredita según algunos autores la fragilidad del sistema de conflicto de leyes, al que asimismo renuncian el juez o el árbitro. Todo ello es consecuencia del acusado "carácter abstracto" de las conexiones designadas sin atender al contenido material de las leyes extranjeras.

Este "salto en el vacío" como ya dijera el jurista alemán Raape, queda suprimido por la aplicación de la excepción de orden público que operando como una plataforma giratoria actúa en las vías de los ferrocarriles, elimina el tramo "ad extra" señalado por las reglas de conflicto, y habilita otro "ad intra" o de retorno al ordenamiento del foro.

- (2) De lo expuesto resulta que el orden público se opone sólo al derecho extranjero. Nunca puede actuar frente al derecho interno ni tampoco frente a las disposiciones de un Convenio internacional del que es parte el Estado del foro, porque aquellas forman parte de su propio ordenamiento. Así lo declaró el Tribunal de Casación francés en 14.X.1977 (Asunto Bloch) y lo reconocen la mayoría de los países. Si el convenio internacional contuviese reglas de conflicto, la ley extranjera designada, podría ser objeto en algún caso de la excepción de orden público, ya que la regla de conflicto inserta en el Tratado, no tiene contenido material, sino abstracto, y por ello la ley extranjera no tiene cualidad de cláusula del Convenio, y no forma parte del ordenamiento del foro.
- (3) El orden público no forma parte de las grandes categorías generales definidas a los

efectos de su conexión con un ordenamiento jurídico determinado. Tal es el caso del estatuto personal o del estatuto real que se dibujan en torno a una noción relativamente precisa y universal. No existe pues una materia de orden público de contenido homogéneo. Las reglas de orden público son heterogéneas y sin relación unas con otras (leyes penales, leyes inmobiliarias, leyes procesales, leyes relativas al crédito (Bernard Audit Droit international privé pag. 257 nº 301 pág 19 1992). París. Economía 1992.

Por consiguiente el orden público no se puede definir en cuanto a su contenido sino sólo constatar en cada caso concreto.

La regla de conflicto tiene una estructura diferente a la que revisten las reglas materiales. Su hipótesis o supuesto no está constituido por un hecho, sino por una categoría o relación jurídica abstracta (matrimonio, bienes muebles, contratos, responsabilidad civil, etc.). El segundo elemento o consecuencia, es solamente un sistema de atribución de competencia a otra ley que contiene la regla material aplicable. Esta designación de la regla material se produce mediante la selección de un punto de conexión o vinculación de la categoría jurídica con la regla material aludida (domicilio, lugar de celebración, situación de los bienes, etc). Por ello es fácil concluir que como la materia de orden público no se puede definir "a priori" atendiendo a un principio organizativo o categoría jurídica, no puede tipificarse en su totalidad.

- (4) El Tribunal encuentra en su propia conciencia la razón por la que puede detectar una infesticia, definida por la contradicción con el derecho interno. Pierre Mayer Droit international privé; 4ª edición Montchrestien. París 1991. pág 137.
- (5) Droit international privé 1ª París Dallor 1970 nº 379.
- (6) Obra citada pág. 138 nº 202.
- (7) Traité nº 359.
- (8) La razón de ello está en que la excepción de orden público se funda no sólo en reglas positivas, sino en principios generales, incluso sentimientos, con más frecuencia que en reglas que reclaman la evicción de la ley extranjera. Mayer ob cit. págs. 138 nº 203.
- 9) Como toda institución de contrapeso o contraste de la eficacia de otras, las críticas contra la noción de orden público se han formulado desde muchos puntos de vista. Incluso ásperos mores le han sido dedicados. Más si se admite un sistema de reglas de conflicto, hay que poner coto de alguna forma a la aplicación de leyes extranjeras

que ataquen los valores que el orden público guarda. Vide sobre esto Mayer ob. cit. pág. 138 nº 203.

- (10) Mayer ob. cit. pág. 141.
- (11) L'arbitrage, Robert pág 352.
- (12) Robert ob. cit. pág. 353.
- (13) Audit ob cit. nº 301, pág 257.
- (14) Obra cit. pág. 141 nº 207.
- (15) Si una ley establece interna un requisito para un acto (matrimonio) que debe regirse por la ley nacional de los contrayentes, bajo pena de nulidad, el Tribunal del foro lo declarará nulo si no cumpliera con ello pero no invocará el O.P internacional. Lo contrario sería el caso de que la Ley nacional autorizase a casarse a un menor de 12 años. En este caso jugaría el O.P.
- (16) La distinción es importante. Aquí la llamada ley de orden público designa directamente la regla aplicable. La excepción de O.P., por el contrario inhibe a la ley extranjera y llama a la nacional.
- (17) De Boisseson. Le droit francais de l'arbitrage. París 1991, pág 633.
- (18) De Boisseson ob. cit. pág. 501.
- (19) De Boisseson ob cit. pág. 503. Mayer ob cit. pág. 56.
- (20) La cuestión ha sido controvertida. Se ha llamado uno de los problemas más arduos del arbitraje internacional. En materia de arbitraje internacional la apreciación de la facultad de libre disponibilidad de los derechos, exige el examen del derecho material. En derecho interno ello no tendría dificultades; lo contrario ocurre en el arbitraje internacional. Además concurre una razón más específica, cuál es que las limitaciones de derecho interno sobre la disponibilidad de los bienes no están adaptadas al comercio internacional. Tampoco lo son las restricciones establecidas en cuanto a su cualidad de materia arbitrable.

Ante este problema un sabio proyecto elaborado por la Comisión de expertos, fue adoptado por el legislador suizo y llevó a dictar *una regla material de derecho internacional privado*. Así ha sido calificada por la doctrina prevalente.

En consecuencia la arbitrabilidad de la materia es *regulada exclusivamente* por la "lex arbitrii" sin atender a las disposiciones de la "lex causae" o de la ley nacional de las partes (Lalive, Poudret y Reymond. Le droit de l'arbitrage. Payot Lausanne 1989 pág 305 y sgts). Conviene agregar que la referida regla material dice así: "Toda causa de naturaleza patrimonial puede ser objeto de arbitraje (artículo 177.1 Ley Suiza de DIP de 18.12.1987). Se ha advertido que según las circunstancias pudiera resultar que por esta razón una sentencia pronunciada en Suiza, no fuere reconocida en los Estados Unidos conforme al artículo V.2.a) del Convenio de Nueva York.

Los autores citados más arriba afirman que el riesgo parece mínimo a la vista de la incertidumbre que resultaría si se admitiere el criterio del Concordato internacional suizo cuyo artículo 5 lleva a la necesidad de aplicar no la lex fori sino la ley de fondo.

En otros países donde no existe regla material como la suiza, se entiende aplicable, para determinar la libre disposición del derecho controvertido, la ley que regula el fondo de la controversia.

El artículo 2056 del C. francés por el contrario dispone que sólo pueden comprometerse los derechos de los que se pueda disponer. Este requisito es exigido por otras legislaciones.

- (21) La legislación inglesa admite la arbitrabilidad de controversias que afectan al derecho de familia y especialmente a lo relativo a la custodia de los hijos.
- (22) Ancel. Arbitrage et procedure collective après la loi du 25 janvier 1985. Rev. Arbitrage enero 1987 pág. 127 y sgts.
- (23) De Boisseson; ob. cit. pág. 511.
- (24) Lalive, Poudret y Reymond. Obra cit. pág. 54.
- (25) Lalive; Ordre public trasnational ou reellement international et arbitrage international Rev arb 1986 pág 329. También De Boisseson Ob cit. pág. 511.
- (26) Oppetit. La paradoxe de la corruption a l'epreuve du droit du commerce international JDI 1987 pp 1 et sgs.
- (27) Esta es la concepción francesa. De Boisseson, Mayer, Holleaux Foyer y de Geouffre.

- (28) Franceskakis. *Revue de Droit international*, 1966 - 1. También *La Theorie du renvoi et les conflits des systemes* 1958 nº 7 y sgts. Para este autor estas leyes de aplicación necesaria "postulan un campo de aplicación de las soluciones que se alcanzan por medio de un sistema exorbitante del de las reglas de conflicto".

Las diversas denominaciones con las que se conoce a estas leyes se emplean indistintamente. Algún autor adelantando un paso más el análisis nos dice que "cuando se habla de leyes de aplicación inmediata o necesaria, se identifica más bien un mecanismo, utilizado por cualquier disposición que se aplica con independencia de

las reglas de conflicto; cuando se habla de leyes de policía se hace referencia a su contenido. Más el rasgo común de ambas es que por medio de ellas, se trata de asegurar la aplicación de reglas materiales de la ley del foro corrigiendo el resultado al que llevaría la regla de conflicto". Bernard Audit. *Droit international privé*. Economía París 1991. pág 93.

Estas leyes, tienen definido en su propio texto su campo de acción, en el ámbito de las relaciones jurídicas internacionales. Este espacio de vigencia, lo determinan unas reglas especiales de conflicto que se sobreponen a las reglas comunes o generales de la misma naturaleza. No las derogan, porque ello las dejaría sin valor absoluto; sólo las inhiben en el caso o casos concretos. Es una cuestión de supremacía de normas dentro de un sistema de coexistencia. Ello supone el establecimiento de normas de preferencia entre las leyes aplicables, pero no implica el sistema la destrucción de la norma "expulsada" de su supuesto de hecho por razón de la aplicación de la regla preferente. Aquella norma sólo queda sin vigor para regir el caso concreto en tanto en cuanto esté en vigor la ley preferente u otra del mismo rango.

- (29) Así se pronuncia Franceskakis. (*Rep. du Droit int.*) (*Ver Conflicts des lois. Principes generaux* nº 137). Son las leyes a las que se refiere el artículo 3º.1 del *Code Civil* francés. Su campo de acción es territorial. Algunos autores consideran a las leyes de policía como una subcategoría de la leyes de aplicación inmediata.
- (30) A estos efectos interpretativos hay que distinguir dos grupos de leyes de policía. En un primer grupo clasificaremos a las leyes de policía ya comprendan o no elementos de derecho público; en otro grupo clasificaremos las leyes de derecho público que produzcan efectos de derecho privado (*Holleaux et alii ob. cit.*; pág. 645).

Comenzando por las últimas a efectos de contraste, diré que como es obvio las leyes de derecho público no están conectadas con el sistema de reglas de conflicto. La ley de derecho público aplicable se identifica fácilmente.

Lo mismo ocurre con los efectos civiles unidos a la aplicación de una ley de dicha naturaleza. Las leyes de derecho público se identifican y en consecuencia se aplican directamente. Se trata de reglas que hacen referencia a un Estado determinado, cuya potestad de mando jurídico ha sido expresada en tales leyes.

Por el contrario hay otras reglas jurídicas cuya aplicación requiere una previa identificación de cuál es la ley aplicable al caso. Aquí no estamos ante una expresión del supremo poder de mando del Estado en ciertas y concretas cuestiones que regula directamente por medio de reglas materiales.

En el caso del que tratamos no estamos ante una regla de supremacía que inhibe a las demás, sino ante una coexistencia de reglas de diferente origen, que han de ser seleccionadas para determinar la aplicable al caso por medio del sistema de reglas de conflicto. Este es el grupo de las leyes de derecho privado. Pero también están aquí aquellas leyes de aplicación inmediata que no son de policía. Estas últimas tienen un régimen de reglas de supremacía más bien que de conflicto. Por el contrario las leyes de las que tratamos, las de aplicación inmediata pero no de policía, carecen de ese sistema de reglas de supremacía y se combinan con el sistema de reglas de conflicto y por tanto con el reparto de competencias que este sistema hace en orden a las relaciones de derecho internacional privado.

- (31) Las leyes de aplicación inmediata que no son leyes de policía, tienen tal condición porque así se les califica en un texto de derecho positivo, pero no por razón de la materia que regulan, es decir por su función social. Son de aplicación inmediata por razón de una disposición legal que así lo declara (Holleaux et alii; ob. cit; pág 321). La consecuencia de esta característica es la de que resulta imposible "a priori" elaborar un concepto que identifique su función o contenido, porque este puede ser variadísimo. Por tanto sólo pueden identificarse tales leyes a la vista de una regla expresa que les atribuya un concreto campo de aplicación y que en razón a ello inhiba la aplicación de las reglas generales de conflicto. A esta opinión de los autores citados cabe agregar, que en la potestad del legislador, está el seleccionar los fines y los medios adecuados para alcanzar aquellos, a los que quiera dar apoyo con normas imperativas según las circunstancias de todo orden que concurran en una determinada época o situación.

Nos hallamos pues ante una reglas materiales, no de conflicto, con vocación específica para regir una materia o relación jurídica determinada. De ello podría concluirse que tales leyes se pueden aplicar inmediatamente en el plano internacional en su específico campo de acción. La respuesta que la doctrina elabora es contradictoria con esta primera opinión; es una contradicción matizada.

Se debe tener aquí en cuenta la noción de las leyes autolimitadas. Esta clase de leyes sólo se aplican dentro del marco de acción que ellas mismas señalan, pero dentro de este sólo afectan a los casos en los que fuere aplicable la "lex fori" conforme al sistema de las normas de conflicto. Algunas leyes de policía son autolimitadas. Por el contrario las leyes de aplicación inmediata pero no de policía no suelen tener ninguna autolimitación.

En contraste con lo que hemos venido diciendo, las leyes de policía tienen el carácter de leyes de aplicación inmediata por razón del carácter esencial de su función o finalidad social y suponen la aplicación necesaria de un "minimum" político, social

y económico, frente al cual las reglas de conflicto, que llevan a la introducción de una ley extranjera en el caso, quedan inhibidas, más bien que derogadas, porque sólo pierden vigencia frente a la ley de policía pero no respecto de otros supuestos en que aquella no fuere aplicable. Son así las leyes de policía un conjunto de reglas materiales que integran el "núcleo de hierro" del ordenamiento del foro que tiene una vigencia que excede y domina al sistema de reglas de conflicto.

El contenido propio y peculiar de estas leyes de policía, a las que suelen aludir los Códigos civiles atribuyéndoles carácter territorial, identifica así directamente su carácter de leyes de aplicación inmediata, incluso en el caso de ausencia de una específica declaración en su texto. Nada se opone según su naturaleza, por supuesto, a que tal carácter se haga constar especialmente en sus reglas. Que estas fueran simplemente imperativas no sería dato suficiente para tal calificación. Es necesaria la concurrencia del esencial fin o función social como hemos señalado en otro lugar para obtener la esencial categoría de leyes de policía.

- (32) El movimiento general de las ideas, ha llevado a rechazar sucesivamente los diversos obstáculos doctrinales, que fueron formulados de modo sucesivo. Las argumentaciones basadas en la territorialidad de las leyes de policía y seguridad y en su pertenencia al derecho público y algunas más fueron desechadas por la doctrina y por la jurisprudencia.
- (33) "Conceder eficacia" a la ley extranjera equivale a decir que tal ley es aplicada. Aunque el texto de esta regla comienza con un tiempo condicional (podrá) que implica una facultad de opción y nunca una obligación, el análisis es válido referido a una solución activa o positiva de la mencionada opción que viene referida al final del párrafo 1º del artículo 7º del Convenio de Roma de 1980. Más conviene decir aquí que el párrafo se refiere al supuesto de la posible aplicación de las normas imperativas de un tercer país con el que la cuestión presenta una estrecha

relación, cuando según el derecho de este último país, tales normas imperativas son aplicables cualquiera que fuere la ley reguladora del contrato. Se trata de la posible acumulación de tales normas imperativas a la ley designada por las normas de aquel Convenio para regir la cuestión. Más el núcleo de la cuestión que nos ocupa está resuelto por el párrafo segundo de tal artículo 7º al disponer que el Convenio no será obstáculo a la aplicación de las normas de carácter imperativo del ordenamiento del foro que regulen el caso con independencia de la ley que regulase el contrato.

- (34) Sentencia 12.1.1979 Kharagj Singh.
- (35) Así razonan Holleaux, Foyer y de Gouffre cuya exposición sobre la materia resumo. Ob. cit. pág. 297.
- (36) Así lo recogen los autores citados en la nota anterior. Ob citada. Pág. 299/300.
- (37) Sir Johan Steyn y V. V. Veeder Q. C. International Handbook on commercial Arbitration. Voz "England. Kluwer.
- (38) Idem, Idem.
- (39) Law and practice of International Commercial Arbitration. Sweet and Maxwell. Second Edition Londres 1991. pág. 446.
- (40) La sentencia antes citada se dictó en el caso Deutsche Schachtbau und Tiefbohrgesellschaft M.b.H. contra The Ras Al Khaimah National Oil Company y la SHELL International Petroleum Ltd.
- (41) Ottoarndt Glossner. International Handbook on Commercial Arbitration; voz Germany Kluwer.
- (42) Lambert Matroy. Obra citada bajo el número anterior, voz Belgium.

CONCLUSIONES

La introducción a esta obra contiene un esbozo de la teoría general del arbitraje descrita según el método histórico. Es parte integrante de tal relato el análisis de los Convenios internacionales vigentes. Ello me permite formular ahora con plena coherencia unas conclusiones sobre la institución y su futuro.

PRIMERA. *La estructura del sistema normativo del arbitraje internacional. La posición de los Convenios; la función que tienen atribuida. La necesidad de su apoyo por leyes internas formuladas atendiendo a favorecer el comercio internacional.*

A) Los Convenios Internacionales integran la estructura esencial del arbitraje internacional, pero no son el único elemento de aquella. Están establecidas sobre los sistemas jurídicos de los Estados. Con ellos sostienen una densa red de relaciones. Estas producen el ingreso en el Derecho interno de aquellos de dos conceptos trascendentes y de su disciplina. Hago aquí alusión al convenio arbitral, que comprende tanto a la antigua noción del compromiso como a la cláusula arbitral que ha sido duramente combatida en la Edad Contemporánea. Me refiero también al sistema de reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, también me refiero al concepto de arbitraje internacional.

Como consecuencia de ello los Convenios modifican a las legislaciones internas en materia de arbitraje internacional, cuyas normas anteriores quedan por lo menos desplazadas, y no pueden regir totalmente esta materia. Se ha extraído al arbitraje internacional del supuesto de hecho de algunas de aquellas normas y han quedado reducidas a la regulación del arbitraje interno. Por otra parte los Convenios se apoyan en los sistemas jurídicos de los Estados a los que se remiten en numerosos casos, extendiendo la aplicación de las normas internas al campo internacional. Se trata de un sistema constituido por un núcleo central internacionalizado. Los Convenios y otros sistemas subordinados con un campo de acción preciso.

Cuanto digo, se comprueba fácilmente con la lectura del artículo 5º del Convenio de Nueva York de 1958. En su apartado nº 1 se hace referencia a las leyes de los Estados en los subapartados a), d) y e). En su apartado nº 2 se hace referencia a la "lex fori executionis".

B) El texto del convenio es pues una superestructura, una bóveda construida sobre otros sistemas jurídicos que regulan importantes materias, como la capacidad de las partes, la prestación de su consentimiento, el procedimiento arbitral, los recursos contra la sentencia, la determinación de la materia arbitrable, y la aplicación en su caso de la noción de

orden público como límite institucional a la introducción del derecho extranjero por vía de sentencias arbitrales. Como tal bóveda cierra y une por arriba los diversos sistemas y les da un sentido y alcance nuevos.

C) En una primera etapa la aportación de los Convenios, el núcleo normativo internacionalizado, fue muy reducido. Sólo la definición de arbitraje internacional, el reconocimiento del convenio arbitral y sus efectos y el procedimiento de "exequatur" estaban regulados por sus normas. No obstante ello, la potencia organizadora resultante de tan pocas reglas jurídicas convierte a los Convenios en verdadero motor del arbitraje comercial internacional, que sobrepasa, gracias a ellos, a una serie de dificultades de todo orden y de enfrentamientos normativos y jurisdiccionales, y puede llegar a ser una realidad que produzca beneficiosas consecuencias en el comercio internacional y por ello en el desarrollo económico de los pueblos.

D) Posteriormente el Convenio de Ginebra de 1961, convirtió en norma internacional al principio de libre designación por las partes del Derecho aplicable al fondo. En el caso de silencio de las mismas, aplicarán los árbitros la ley designada por la regla de conflicto que consideren más adecuada y deberán tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos del comercio (artículo 7). Es este un importante transvase al campo de las normas del convenio. No obstante son numerosas y es lógico según la filosofía del sistema, las remisiones a las leyes de los diferentes países, tan diferentes en su contenido. La consecuencia de todo ello es que el régimen del arbitraje internacional dependerá de normas procesales y sustantivas promulgadas por los diferentes Estados. De aquí la importancia internacional de estas a cuyas consideración dedicamos este análisis.

SEGUNDA. *Las leyes internas de los Estados deben regular el arbitraje comercial internacional, con un criterio amplio y protector de la institución, eliminando rigorismos y trámites que no tengan sentido en las relaciones comerciales internacionales, sobre las que ningún Estado puede pretender ejercer postestad exclusiva. Un ejemplo de extraordinaria innovación. El N.C.P.C. francés. La degradación de la Ley anterior.*

A) De los hechos y conceptos examinados resulta que la actividad de los Estados parte en los Convenios, no puede quedar limitada a la aplicación estricta de aquellos. Es necesario reformar y desarrollar el Derecho interno, para dar solidez a la institución. En primer término hay que revocar a las disposiciones que regulan el arbitraje interno cuyo sentido y finalidad no puede justificar una aplicación contraria a los Convenios, en el campo del arbitraje comercial internacional.

Existen otras reglas que cierran el camino y que han de modificarse también. Puede pensarse que ello implica necesariamente una actividad legislativa de naturaleza derogatoria.

B) No ha sido este sistema el único seguido al efecto. La fórmula más adelantada, más propicia al reconocimiento de las realidades nos la ofrece la legislación francesa, que por Decreto de 12 de mayo de 1981, introdujo un Título V en el Libro IV dedicado al arbitraje, en el "Nouveau Code de Procedure Civile".

El texto decisivo, que se promulga en un momento histórico para el desarrollo del comercio internacional, dice con la sencillez y concisión de las decisiones importantes. "Cuando el arbitraje internacional esté sometido a la ley francesa, las disposiciones de los Títulos, I, II y III de este Libro, no tendrán aplicación más que en el caso de que no hubiera acuerdo especial de las partes y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 1493 y 1994.

Así de arriba a abajo toda la densa regulación del arbitraje interno, contenida en treinta y nueve artículos, y que podía ser aplicable al arbitraje internacional, queda destituida de todo valor imperativo y convertida en normas subsidiarias de lo establecido por la voluntad de las partes. La voluntad de estas, desde ahora, es suficiente para hacer ineficaz toda la complicada legislación citada, que no se deroga pero que se orilla.

C) Aquí se ha traducido al máximo nivel la convicción de que los Convenios Internacionales han reconocido un espacio de la actividad humana (el comercio internacional) que no está comprendido en el supuesto de hecho de las normas interiores. La definición de esta nueva "esfera" o territorio jurídicamente determinado se contiene en un primer momento en los Convenios. Se define cuando se expresa lo que es el comercio internacional. Véase el artículo 1º del Convenio de Nueva York y también el artículo 1º del Convenio de Ginebra de 1961.

Se ha reconocido también la peculiar posición del árbitro internacional, que no es órgano de ningún Estado, y que carece por ello de "lex fori", y no está obligado a aplicar un determinado sistema de normas de conflicto. A ello ha de añadirse la fuerte y extendida opinión de los círculos mercantiles y jurídicos, de que en el comercio internacional ha de respetarse, hasta el máximo posible, la voluntad de las partes, respecto de la resolución de sus controversias, lo que exige la eliminación de formalismos innecesarios.

De la operación de "mise a la retraite" cumplida por el Decreto de 12 de mayo de 1981, sólo escapa el Título IV del citado Libro IV del NCPC relativo a los recursos de apelación, nulidad y revisión.

D) Un examen global del sistema francés, nos permite afirmar que ha incorporado al sistema del derecho interno, una completa regulación del arbitraje internacional. Ello constituyó una innovación trascendental. El Título V aborda la definición de aquel, las moda-

lidades de designación de los árbitros, la elección de ley o reglamento de arbitraje que rija el procedimiento, la elección de las reglas de derecho aplicables al fondo, el reconocimiento de la amigable composición. Es un compendio de normas sutilmente relacionadas que alcanzan un gran valor por su alto nivel conceptual y su fácil aplicación en la práctica. Constituyen un sistema fundado en los principios de libertad y apoyo al arbitraje internacional.

En lo que se refiere al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras el NCPC guarda silencio. Ello es una implícita remisión a los Convenios internacionales. Desde el punto de vista de un arbitraje internacional desarrollado en Francia, o sometido a la ley de procedimientos francesa, dispone que las resoluciones que concedan el "exequatur" no es recurrible, y que las que lo deniegan pueden ser apeladas. Las de la primera categoría sólo pueden apelarse por cinco motivos enumerados en el N.C.P.C. (artículos 1501 y 1502).

Debe agregarse que la resolución que concede el exequatur —no obstante lo dicho antes— se entiende recurrida de pleno derecho, cuando se impugna en apelación o por la vía del recurso de nulidad la sentencia arbitral, lo que es lógico para evitar sea eficaz el "exequatur" de una sentencia que esté en riesgo de ser anulada por los Tribunales.

TERCERA. *El problema de la designación de la Ley aplicable al fondo de la controversia. La posición de los Convenios internacionales y de las leyes internas. Otra innovación de las leyes internas. El concepto de "reglas de Derecho".*

A) El Convenio de Nueva York dejó en la sombra esta cuestión. Según las ideas de la época quedó remitida a la legislación de cada Estado. No obstante la situación no era cómoda en la práctica. Era necesaria una norma internacional. Tres años después el Convenio de Ginebra dispuso: "Las partes tienen libertad para determinar el derecho que los árbitros deben aplicar al fondo del litigio. Si no existiere designación de las partes acerca del derecho aplicable, los árbitros aplicarán la ley señalada por la regla de conflicto que consideren apropiada a la cuestión. En los dos casos tendrán en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos de comercio" (Artículo 7º). A esta norma aludimos anteriormente.

B) La terminología empleada es clara. Se habla de "ley" de "Derecho" aplicables y también de "regla de conflicto". Mayor duda aparentemente puede ofrecer la expresión "tener en cuenta". No obstante no es difícil llegar a una interpretación razonable. Supone atender al contrato y a los usos, pero sin que ello suponga una aplicación ciega y automáticamente de los mismos, excluyendo en todo caso otras vías interpretativas.

Parecía que el problema que analizamos aquí, estaba resuelto, y durante largos

años el derecho positivo quedó fijo. Pero veinte años después la reforma francesa del arbitraje hizo explosión y el artículo 1496 de NCPC dispuso. "El árbitro resolverá, según las reglas de Derecho, que las partes hubieran escogido, y si no se hubiere procedido a tal elección conforme a las que estime apropiadas".

La diferente redacción que postula una diferente filosofía es notoria. Además en Francia y conforme a la unánime opinión de los juristas, la expresión "reglas de Derecho" no es equivalente a derecho positivo; tiene un contenido más amplio y comprende otras clase de normas. Por último señalaré que ya no existe aplicación de "reglas de conflicto" sino que se señala por el árbitro directamente las "reglas de derecho" que se estiman apropiadas.

C) Estas "reglas de Derecho" comprenden tanto a un derecho nacional o una combinación de leyes nacionales, como otras normas obtenidas de los principios generales del Derecho y de los usos del comercio internacional y también a normas transnacionales sin vinculación alguna con un Derecho positivo. Esta opinión amplia es mantenida por una parte importante de la doctrina francesa. Ha tenido el apoyo del Tribunal de Apelación de París, que por Sentencia de 12 de Junio de 1980 declaró que al referirse los árbitros a los principios generales de las obligaciones comunemente aplicados en el comercio internacional, y en el caso de conformidad con un uso, habían resuelto conforme a las reglas de Derecho y no habían decidido fuera de los términos del compromiso (Banque du Proche Orient c. Société Fougerolle: Casación Civil 2ª, de 9 de Diciembre de 1981 referida a las mismas partes).

D) Frente a esta opinión se alza otra interpretación de carácter restrictivo, que afirma que los principios generales del Derecho y los usos de comercio tienen un papel subsidiario y completan al Derecho estatal, pero no pueden invocarse separadamente.

E) La cuestión parece haber quedado zanjada por las Sentencias del Tribunal de Apelación de París de 31.10 y 13.7 de 1989, que han reconocido la facultad de los árbitros de fundar su decisión sobre los principios generales del Derecho y sobre los usos comerciales, cuando ninguna de las conexiones invocadas, es suficiente para justificar una competencia legislativa precisa (Casi Kis France c. Compañía Valenciana).

La matización de la Sentencia es importante. En principio deben aplicarse las leyes designadas por las partes o por el árbitro. Ello exige la existencia de unos puntos de conexión del negocio jurídico de que se trata con una ley (lugar de concertación del contrato o de cumplimiento de la obligación principal, designación por las partes, etc.). Pero si estos puntos —a juicio del árbitro— no tuvieren fuerza suficiente para justificar una conexión indudable con determinado sistema jurídico, ante este vacío es justificable el recurso con carácter exclusivo a los principios generales y a los usos comerciales.

E) El problema enunciado es el mismo que se produce en la aplicación del artículo 187 de la Ley Federal suiza sobre el Derecho internacional privado de 18 de diciembre de 1987, que en su versión oficial francesa emplea la expresión de "reglas de derecho". Lo mismo ocurre con el Código procesal holandés (artículo 1024) y con el artículo 28 de la Ley Modelo de la UNCITRAL.

La doctrina suiza recuerda que los Tribunales estatales se han liberado de la exigencia de que las partes queden limitadas a escoger entre derechos de un Estado determinado. Se refieren en apoyo de su tesis a Francia, a Italia y a Austria recordando el conocido asunto *Pabalkc-Norsolor*, y nos dice que el sentido de la expresión que no podía escapar y no escapó de hecho al legislador, es claramente el evitar una restricción al derecho estatal. Ello resultaría en contra de las necesidades del comercio internacional.

F) El profesor Lalive, que así se produce, recuerda el caso, que no es excepcional, en el que las partes producen una selección negativa, excluyendo la aplicación de todo derecho nacional determinado. Si la opinión restrictiva triunfase, entiende que se produciría un "impasse" no justificado. Cita además el caso del Gobierno Holandés que en la memoria explicativa del proyecto que presentó a las Cámaras para la reforma del artículo 1054 del Código Procesal destacó que la expresión "reglas de derecho" engloba no sólo las reglas de derecho nacionales sino además a la "lex mercatoria" (*Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*. Payot Lausanne. 1989). Algunos reparos se han opuesto a esta doctrina, fundados en que el texto alemán de la Ley suiza emplea sólo la palabra "Recht", pero una gran parte de la doctrina sostiene que el texto en francés, expresa la voluntad del legislador y que no puede suponerse que la palabra "Recht" tenga un sentido diferente. Un argumento adicional está en que la disciplina de recursos contra la sentencia no permite insertar en los motivos previstos el de que aquella fue dictada con aplicación de los principios generales y la *lex mercatoria* (artículos 190/192 de la Ley suiza. Se cita a estos efectos la resolución de la Court of Appeal inglesa en el caso *Deutsche Schachtbau und Tiefbohrergesellschaft* de 1987, por la que el Tribunal se negó a considerar contraria al orden público, una sentencia dictada en Suiza sobre la base de principios generales, según la voluntad tácita de las partes, y sin referencia a ningún derecho estatal (*Bulletin ASA* 1987; pág. 165/173).

El concepto común de orden público empleado por la ley suiza no es aplicable al arbitraje internacional y requiere una adaptación al mismo. Se entiende que el árbitro no es un juez nacional, y que carece de "lex fori", según dije antes, lo que excluye la transposición ciega del concepto de orden público interno de una ley nacional al arbitraje internacional. El orden público aquí aplicable es el orden público internacional suizo, que protege al ordenamiento frente a las sentencias extranjeras que violen básicamente los principios fundamentales del orden jurídico, el sentimiento de Justicia del pueblo suizo y no aquellas que

violan las reglas meramente imperativas del derecho suizo, según lo ha declarado la jurisprudencia establecida. Esta opinión del autor citado, está de acuerdo con la doctrina moderna del orden público que analizamos en el capítulo III de esta tesis.

No existe en el Convenio ninguna sanción de nulidad, porque la regla de derecho aplicada al fondo de la controversia no sea una ley designada conforme al referido artículo 7 del Convenio.

Una vez más las reglas procesales con su selección de motivos de impugnación resuelven cuestiones sustantivas. El Convenio de 1961 no expulsa de su régimen o sistema a los arbitrajes en los que la selección de las normas aplicables al fondo se haya hecho conforme al artículo 1496 del NCPC francés; al 187 de la ley federal suiza o conforme a las demás leyes de igual contenido que han sido citadas aquí, a las que debe agregarse el artículo 42 del Convenio de B.I.R.D. (Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo de 18 de marzo de 1965), lo que demuestra el extraordinario eco que la innovación ha obtenido en el campo de los Convenios internacionales. Por otra parte y en lo que se refiere al orden público internacional, según lo que dije anteriormente, esta institución no es la defensa de todas las normas imperativas que un ordenamiento interno contiene sino que excluye la ejecución de aquellas sentencias extranjeras que violen básicamente los principios fundamentales del orden jurídico suizo.

CUARTA. *La modificación del concepto de arbitraje internacional por las leyes internas de los Estados que son parte en los Convenios Internacionales sobre arbitraje de esta clase. La tercera innovación.*

A) Llegamos al último tema de los que quiero hacer referencia aquí para demostrar la extraordinaria importancia que en el desarrollo del sistema jurídico del arbitraje internacional, tienen las leyes internas de los países que han ratificado o se han adherido a los Convenios Internacionales.

Me refiero ahora a la calificación del arbitraje internacional como presupuesto de la aplicación de su peculiar régimen jurídico. Señalaré las sucesivas vías utilizadas para la definición de su concepto.

a') El Protocolo de Ginebra de 1923 exigía que las partes de un contrato, comercial o no, estuvieran sujetas a la jurisdicción de Estados contratantes diferentes. La cláusula compromisoria o el compromiso concertado en tal contrato da origen al arbitraje internacional.

b') El Convenio de Ginebra de 1927 con más dificultades de redacción, pues es

pesada y reiterativa, viene a decir lo mismo. Dice que en los territorios dependientes de alguna de las partes contratantes se reconocerá la autoridad de una sentencia arbitral, dictada en virtud de una cláusula arbitral o compromiso conforme al Protocolo de 1923, y se acordará su reconocimiento y ejecución conforme a las leyes procesales del territorio donde se invoque, cuando dicha sentencia hubiere sido dictada en el territorio de alguna de las altas partes contratantes a las que se aplica el Convenio, y entre personas sometidas a la jurisdicción de alguna de dichas altas partes contratantes.

c') El convenio de Nueva York de 1958 pone más orden en los conceptos. Se requiere que la sentencia sea dictada en un país distinto de aquel en el se pide su reconocimiento y ejecución (artículo 1º).

d') El Convenio de Ginebra de 1961 define su campo de aplicación refiriéndolo a la cláusulas arbitrales concertadas para la resolución de controversias nacidas o por nacer de operaciones de comercio internacional entre personas físicas o morales que al momento de concertarlas tengan su residencia habitual o su sede en Estados contratantes diferentes.

El Artículo 1496 define al arbitraje internacional como aquel "que afecta al comercio internacional (Ch.C.P.C.).

El análisis de este texto nos permite formular las siguientes consideraciones.

1º Se ha sobrepasado el criterio de comercialidad estricta del convenio de Nueva York. Este se actuaba por el uso de la correspondiente reserva prevista en el artículo 1.3.

Este mecanismo originaba numerosos conflictos originados por las diversas concepciones de la materia comercial vigentes en los diferentes Estados. Ello hacía impreciso el campo de aplicación de los Convenios.

2º. Se ha eliminado el puro criterio de la internacionalidad que atiende a las diferentes puntos de conexión de la relación controvertida.

3º. Culminando una evolución doctrinal y jurisprudencial originada respecto de la validez de la cláusula arbitral, se produce la noción económica del arbitraje. La internacionalidad de este, es consecuencia de la de un litigio, que afecta a la economía de dos o más países. Aquí se define lo que es el comercio internacional. El Convenio de Ginebra de 1961 había empleado este término pero sin definirlo. Se ha omitido toda referencia a la cualidad de las partes interesadas.

La vieja jurisprudencia del caso Matter había dado en el blanco al decir "el contra-

to debe producir un movimiento de flujo y reflujo a través de las fronteras y consecuencias recíprocas en un país y otro (Casación civil francesa 17 de Mayo de 1927).

Por esta vía la internacionalidad se determina exclusivamente por el objeto de la controversia. Caben dentro de esta noción las operaciones de cambio, de producción de prestaciones de servicios y de construcción.

B) Han caído pues las viejas barreras y distinciones, y no se ha cuestionado la compatibilidad de esta regulación con los Convenios internacionales, toda vez que la nulidad de las sentencias arbitrales depende de las legislaciones internas de los países en que se pronuncian y si están tales Sentencias conformes con las leyes de los países donde se dictaron no hay ninguna nulidad posible.

Terminan aquí estas conclusiones. He pretendido demostrar que el progreso del arbitraje internacional en materias mercantiles está ligado al desarrollo y perfeccionamiento de las leyes internas de cada país que regulan esta institución. Son los especialistas en comercio internacional y los juristas avezados a los problemas de este tráfico y los Tribunales de Justicia los que tienen en sus manos el progreso del comercio internacional, como factor de progreso y desarrollo. Entre los instrumentos adecuados para lograrlo y para que la Justicia prevalezca en la "comunitas mercatorum" está el arbitraje comercial internacional, establecido sobre bases y principios fundados en el propósito de favorecer al máximo las relaciones económicas entre los pueblos de la tierra. Hay todavía grandes diferencias entre los sistemas vigentes. A reducirlas debemos dedicar nuestros esfuerzos.

INDICE

INTRODUCCION GENERAL

Sumario.	3
La orientación de este estudio	18
La dimensión histórica del arbitraje	20
Un examen del arbitraje según el Derecho Romano	21
Notas a las Secciones anteriores	27
El Derecho intermedio	28
Las Edades Moderna y Contemporánea	35
Notas a las dos secciones anteriores	38
La evolución del derecho italiano en la Edad Contemporánea	41
Notas a la Sección anterior	43
Algunas observaciones sobre el arbitraje en el Derecho inglés	44
Notas a la Sección anterior	49
Los Convenios internaciones sobre el arbitraje comercial internacional	50
Los Convenios de Ginebra de 1923 y 1927	52
El Convenio de Nueva York de 1958	56
Notas a la Sección anterior	70
El Convenio europeo sobre el arbitraje comercial internacional de 21.4.1961	71
El Convenio de Washington de 18 de Mayo de 1965	77
Otros convenios Internacionales	82

CAPITULO I. EL CONVENIO ARBITRAL

Sumario del capítulo	85
Una aproximación a las ideas principales	96
La capacidad requerida para concertar un convenio arbitral	101
El consentimiento y los vicios del mismo	103

Condiciones necesarias para la validez de la cláusula arbitral en el comercio internacional	105
Los efectos del convenio arbitral en el arbitraje internacional	109
La autonomía de la cláusula arbitral según los Convenios internacionales	123
La autonomía del convenio arbitral según el Derecho francés	128
La interpretación de la regla de validez del convenio arbitral según el Derecho francés	130
Las reglas que atribuyen a los árbitros competencia para conocer de las cuestiones que se susciten sobre su propia competencia	133
Notas a todas las Secciones anteriores	138
El Convenio arbitral en el Derecho suizo	143
La arbitrabilidad de la materia	151
Notas a la Sección anterior	155
El convenio arbitral según el Derecho alemán	156
Notas a la Sección anterior	160
El convenio arbitral en el derecho italiano	163
Notas a la Sección anterior	175

CAPITULO II. EL ARBITRAJE DE EQUIDAD

Sumario del capítulo	180
Nociones generales	197
Notas a la Sección anterior	199
La investigación sobre el concepto de equidad	201
Notas a la Sección anterior	204
El origen y desarrollo común del arbitraje de derecho y del de equidad. La noción de "amigable composición"	206
Notas a la Sección anterior	208
Concepto y contenido actual del arbitraje de equidad	209
Notas a la Sección anterior	218
Los métodos a emplear en el arbitraje de equidad; sus límites. El respeto al contrato básico. Evolución de la doctrina y jurisprudencia relativa al arbitraje comercial internacional	230

Notas a la Sección anterior	241
El arbitraje de equidad en los Estados Unidos de América	242
Notas a la Sección anterior	247
El arbitraje de equidad en el Derecho alemán	263
Notas a la Sección anterior	266
El arbitraje de equidad en los Convenios internacionales	267

CAPITULO III. EL ORDEN PUBLICO

Sumario del capítulo	270
Introducción	282
Un análisis de las principales cuestiones esbozadas anteriormente	283
El concepto de orden público internacional y su campo de aplicación	290
Fundamentos del especial sistema del orden público en el comercio internacional	291
El orden público y la condición de arbitrable de la controversia	293
Las leyes de aplicación inmediata y su comparación con las de orden público	303
La noción de orden público y el derecho regulador del arbitraje comercial internacional	307
Unas observaciones finales sobre el orden público internacional	308
Observaciones complementarias sobre otros Derechos extranjeros.....	309
Notas del capítulo	313

<u>CONCLUSIONES</u>	321
----------------------------------	-----

NOTA: Los sumarios que preceden a la Introducción y a los tres capítulos siguientes desarrollan el análisis de las cuestiones tratadas en las secciones que se indican. La numeración romana de estas se hace dentro de cada capítulo siguiendo su orden de exposición y excluyendo a dichos sumarios.

